الجامعة الإسلامية- غزة
عمـادة الـدراسـات العليا
كلية الشريعة والقانـون
قســم الفقــه المقـــارن



الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة

إعــداد الطالــب
أسامة يعقوب الأيوبي

إشـراف فضيلة الدكتـور
زياد إبراهيم مقداد

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستيـر في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلاميـة بغـزة

1430هـ - 2009م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾(آل عمران: 37).

وقال تعالى:

﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾(يوسف:66).

وقال سبحانه:

﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾(يوسف:72).

وقال عز وجل:

﴿قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ إِنَّ لَهُ أَباً شَيْخاً كَبِيراً فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ﴾(يوسف: 78).

قال العلماء:

الكفالـــة أولهـــا شهامـــة   وأوسطهـــا نـــدامـــة

وآخـــــرها غـــرامـــــة

أصلها في التوراة في سفر يوشع بن سيراخ

انظر السرخسي: المبسوط (161/19)

وقال بعضهم:

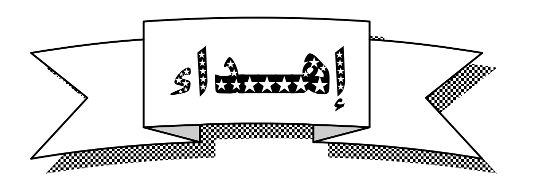
عاشر ذوي الفضل واحذر عشرة السفل

وعن عيوب صديقك كف وتغفـــل

وصـــن لسانـــك إذا ما كنت فـــي محفـــل

ولا تشـــارك ولا تضمن ولا تكفـــل

البكري: إعانة الطالبين (77/3)



إلى قائدي وقدوتي ومعلمي وحبيبي رسول اللهﷺ إيماناً به وتصديقاً...

إلى القائد المجاهد صلاح الدين الأيوبي مؤسس الأسرة الأيوبية...

إلى ابن عمي الشهيد المغدور وجيه إسماعيل الأيوبي...

إلى اللذين ربياني صغيراً ، وأدباني كبيراً ، والديَّ العزيزين الكريمين...

إلى التي ضحت وأعطت، فما بخلت وصبرت واحتسبت زوجتي العزيزة...

إلى أبنائي الأعزاء...

إلى الذين أعطوا فما بخلوا وتحملوا وشجعوا وما تأخروا إخوتي الكرام...

إلى كل من له حق عليّ...

❖❖أهدي هذا البحث المتواضع❖❖



قال تعالى: ﴿...رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ...الآية﴾[1].

وامتثالاً لقول النبيﷺ: "**من لا يشكر الناس لا يشكر الله**"[2].

أداءً للواجب فإني أحمد الله تعالى الذي وفقني لإتمام هذا البحث، وإذا كان من الواجب أن يذكر أهل الفضل بفضلهم، وأن يخص بعضهم بالذكر، واعترافاً بالجميل، فإني أتقدم ببالغ شكري وعظيم امتناني إلى أستاذي وشيخي الفاضل الدكتور/ زياد إبراهيم مقداد- عميد الدراسات العليا وأستاذ الفقه والشريعة- الذي تفضل بإشرافه على هذه الرسالة، فلم يألُ جهداً في مساعدتي وإرشادي ونصحي وتوجيهي، وتقديم العون العلمي والمعنوي، كل ذلك بطلاقة وجهٍ ورجاحة عقلٍ ورحابة صدرٍ؛ ليخرج هذا البحث بأبهى صورة وأحسن حال، فجزاه الله خير الجزاء، وبارك له في وقته وعلمه.

كما أتقدم بالشكر والعرفان لأستاذيَّ الكريمين الفاضلين عضوي لجنة المناقشة:

فضيلة الدكتور / ماهر حامد الحولي عميد كلية الشريعة والقانون

وفضيلة الدكتور/ محمد سعيد العمور رئيس قسم الدراسات الإسلامية بجامعة الأقصى

على ما بذلاه من جهد في قراءة هذه الرسالة وإثرائها بالتوجيهات النافعة والإرشادات الصائبة، فجزاهما الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى الجامعة الإسلامية وعلى رأسها كلية الشريعة والقانون ممثلة في عميدها فضيلة الدكتور/ ماهر حامد الحولي، وأعضاء الهيئة التدريسية جميعاً، والشكر موصول لأهله، فإني أشكر عمادة الدراسات العليا عميداً وإدارة، كما وأشكر مكتبة الجامعة الإسلامية والعاملين فيها.

وأتقدم بجزيل الشكر والامتنان لكل من وقف بجانبي وساعدني وأخص بالذكر والدي الغالي الذي تحمل معي أعباء الدراسة على الرغم من صعوبة الأوضاع الاقتصادية، ثم أمي الغالية الحبيبة التي لم تأل جهداً في إعانتي وتشجيعي منذ نعومة أظفاري، وزوجتي العزيزة التي أعطت الكثير

---

[1] سورة النمل: جزء من الآية (19).

[2] الترمذي: الجامع الصحيح (339/4 ح1954) وقال حديث حسن الإسناد.

من وقتها وراحتها وكذلك أولادي يعقوب ومحمد وصلاح الدين وزهراتي إسراء وسماح، كما لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر والعرفان لأخوتي أبوأحمد وأبومحمد على مساعدتي والوقوف بجانبي مادياً ومعنوياً والشكر موصول لأخواتي أسماء وسمية وعائشة.

كما وأشكر زميلي وصديقي ورفيق دربي الشيخ/ حازم أبومراد، وكذلك الشكر موصول لزميلي الشيخ/ أسامة عبدالرازق؛ لوقوفه بجانبي، وكذلك زميلي الأخ/ باسل شحادة لجهده في طبع الرسالة وتنسيقها، وأشكر كل من شجعني من أعمامي وأبنائهم وأقاربي وأصدقائي.

وأشكر كل من أسهم أو نصح أو أرشد أو دعا في سبيل إخراج هذا العمل إلى النور.

وأخيراً فإني أتقدم بالشكر والتقدير لفضيلة الدكتور/ عبد الرحيم حمدان، الذي تفضل عليَّ بمراجعة الرسالة من الناحية اللغوية.

مقدمة البحث:

الحمدلله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمدﷺ الذي أخرج الناس من الظلمات إلى النور.. وبعد:

فكل مجتمع إنساني لابد له من قوانين وأنظمة يسير عليها لكي يضمن الأمن والسلامة، والمجتمع الفلسطيني يمتاز بروابطه الاجتماعية القوية التي حفظتها أعراف وتقاليد وعادات عربية أصيلة متوارثة عبر قرون طويلة، أرست القيم النبيلة والمبادئ الأصيلة التي من شأنها أن توحد الأمة وتعزز أواصر المحبة وتوثق الروابط الاجتماعية وهي بذلك تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال شيوع الأمن والأمان بين الأفراد والجماعات.

فمجتمعنا الفلسطيني كغيره من المجتمعات وضع لنفسه أعرافاً وعادات للسير عليها، منها ما هو مبني على مبادئ ديننا الحنيف ومنها ما خالف تعاليم هذا الدين من الجهل الذي عم الأمة العربية في الأزمنة السابقة.

وسأتناول في بحثي هذا موضوعاً مهماً ألا وهو الكفالة بالنفس، وهي من عقود التوثيق المهمة في التشريع الإسلامي يلتزم الكفيل بالحق التزام المكفول عنه حفاظاً على حقوق الناس حتى يكون المجتمع الإسلامي لحمة واحدة من حيث الاشتراك في المسئولية أمام القضاء، حماية للفرد والجماعة من نار الظلم والعدوان والتسيب وأكلها الحق بالباطل، والكفالة بالنفس يقصد بها في العرف كفيل الجمع والإحضار والتي قال العلماء بجوازها ومشروعيتها، وأنها باب من أبواب التعاون في الإسلام، إذ حثّ الشرع الحنيف عليها بقوله تعالى: ﴿...**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ...الآية**﴾[1]، كما سأوضح علاقة العرف بالكفالة بالنفس في واقعنا الفلسطيني والتزامه في ذلك حيث تسهل قضاء مصالح الناس وتؤدي إلى إحياء حقوقهم لاسيما في غياب دور القانون في بعض الأحيان.

أولاً- طبيعة الموضوع:

إن موضوع (الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة) يناقش تعريف الكفالة ومشروعيتها وأنواعها وحكم الكفالة بالنفس والأركان والشروط، وحقيقة العرف وحجيته، مع بيان الألفاظ التي تنعقد بها الكفالة وأنواع الكفالات في واقع العرف الفلسطيني، ثم بيان طرق إثبات الكفالة بالنفس والإجراءات التطبيقية لها فقهاً وعرفاً، مبيناً طرق الانتهاء منها.

---

[1] سورة المائدة: جزء من الآية (2).

ثانياً– أهمية الموضوع وسبب اختياره:

إن موضوع الكفالة بالنفس بين الشريعة والعرف ذو أهمية كبيرة يمكن بيانها من خلال النقاط التالية:

1. إن الكفالة بالنفس التزام مزدوج، واشتراك في المسئولية، وعقد من عقود التوثيق المهمة في الشريعة الإسلامية.

2. إن الكفالة بالنفس كذلك باب من أبواب التعاون الإيجابي في الإسلام تسهل مصالح الناس، وتحفظ حقوقهم من الضياع.

3. القضاء الشرعي والعرفي يجبر الكفيل على إحضار المكفول عنه لإحياء حقوق الناس لأن من مقاصد الشريعة المحافظة على النفس والمال.

4. تعميق معرفة الناس علاقة العرف الصحيح الموافق لأحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالكفالة بالنفس، وذلك من خلال بيان أحكامها وتأصيلها الشرعي وتطبيقاتها في العرف في كتاب واحد بما ييسر الرجوع إلى أحكام الكفالة بالنفس.

5. حماية أي صاحب ظلامة أو حق من ضياع حقه في هذا الجانب وبذلك يتوفر جو من الأمن والطمأنينة بين الناس.

ثالثاً– الجهود السابقة والصعوبات التي واجهت الباحث:

أ. الجهود السابقة:

بعد البحث والسؤال لم أجد– في حدود ما اطلعت عليه– بحثاً علمياً يتناول موضوع الكفالة بالنفس على وجه الخصوص، إلا أنه يوجد بعض الكتب والأبحاث التي تناولت دراسة هذا الموضوع من فروع وجزئيات، أو دراسته على وجه الإجمال وهي موجودة في بعض الكتب والأبحاث العلمية والتي منها:

1. أحكام الضمان في الفقه الإسلامي العام لفضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور/ محمد فوزي فيض الله.

2. الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون للدكتور/ علي أحمد السالوس– أستاذ مساعد بقسم الفقه والأصول بكلية الشريعة بجامعة قطر.

3. الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها، رسالة ماجستير للطالب/ محمود أحمد فروح مصطفى– الجامعة الأردنية.

4. الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة للدكتور/ أحمد محمد إسماعيل برج– عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة والقانون بدمنهور بجامعة الأزهر.

5. نظرة العقد والكفالة للدكتور/ عبدالله عزام– رحمه الله.

ب. الصعوبات التي واجهت الباحث:

لقد واجه الباحث في إعداد هذا البحث الكثير من الصعوبات وهي على النحو التالي:

1. الظروف الصعبة التي يمر بها شعبنا الفلسطيني، الأمر الذي كان له الأثر البالغ في تهيئة النفس للاستعداد للبحث، وعلى السير في الكتابة بانتظام.

2. الحصار المفروض على أبناء شعبنا؛ لاسيما على قطاع غزة، الأمر الذي أدى إلى كثير من المعوقات في إخراج هذا البحث والتي منها:

- العدوان الأخير على غزة وليس الحرب كما يقال؛ لأن الحرب بالمفهوم العسكري تكون بين فريقين متكافئين والأمر ليس كذلك فنحن شعب أعزل لا نملك إلا الإيمان بالله والتوكل عليه والإرادة والعزيمة والمثابرة في مواجهة هذا العدوان، الأمر الذي أدى إلى قصف البيوت وتدميرها، وقصف المقرات الأمنية بمن فيها، وتشريدنا من بيوتنا ومساكننا، لاسيما مشرفي على هذا البحث فضيلة الدكتور/ زياد مقداد- حفظه الله ورعاه، بل تأثرت كثيراً، حينما قمت منذ اللحظات الأولى من العدوان بإعداد وتجهيز الشهداء وهم أشلاء أحياناً ودفنهم بيديّ والذين منهم الأصحاب والزملاء، الأمر الذي ترك أثراً بالغاً على نفسي وكتابتي.

- كذلك من المعوقات ندرة الكتب التي تتحدث عن العرف الفلسطيني؛ بحيث إذا وجدت كتاباً، لم أجد فيه حول موضوع البحث إلا إشارات عابرة قلما تخدم موضوع البحث مما جعلني أتوجه إلى قضاة العرف شخصياً؛ لأستمع منهم، وأقوم بتدوينه فأحياناً أجد عند البعض وأحياناً أخرى لا أجد.

رابعاً- خطة البحث:

تتكون خطة البحث من مقدمة وسبق ذكرها وتمهيد، وفصلين، وخاتمة.

الفصل التمهيدي

حقيقة الكفالة وأنواعها

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الكفالة وحكمها

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: حكم الكفالة.

المبحث الثاني: أنواع الكفالة

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: الكفالة بالمال.

المطلب الثاني: الكفالة بالنفس.

المبحث الثالث: حقيقة العرف وحجيته

ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية العرف.

المطلب الثالث: أقسام العرف.

المطلب الرابع: شروط اعتبار العرف.

الفصل الأول

حقيقة الكفالة بالنفس وحكمها

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الكفالة بالنفس

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الكفالة بالنفس.

المطلب الثاني: ألفاظ الكفالة بالنفس.

المطلب الثالث: تعريف الكفالة في واقع العرف الفلسطيني.

المبحث الثاني: أركان وشروط الكفالة بالنفس

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أركان الكفالة بالنفس.

المطلب الثاني: شروط الكفالة بالنفس.

المطلب الثالث: تطبيقات وشروط الكفيل بالنفس في العرف الفلسطيني.

المبحث الثالث: حكم الكفالة بالنفس في الفقه والعرف

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: حكم الكفالة بالنفس وأدلة مشروعيتها.

المطلب الثاني: حكم الكفالة بالنفس في واقع العرف الفلسطيني.

الفصل الثاني

طرق إثبات الكفالة بالنفس وإجراءاتها التطبيقية

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: طرق إثبات الكفالة بالنفس

ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: الإثبات بالشهادة.

المطلب الثاني: الإقرار.

المطلب الثالث: اليمين.

المطلب الرابع: الكتابة.

المبحث الثاني: الإجراءات التطبيقية للكفالة بالنفس

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: حق المكفول له مطالبة الكفيل بإحضار المكفول عنه.

المطلب الثاني: رجوع الكفيل إلى المكفول عنه بالغرامة أو الأجرة.

المبحث الثالث: طرق انتهاء الكفالة بالنفس

ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: الانتهاء بالتسليم.

المطلب الثاني: الانتهاء بموت الكفيل بالنفس.

المطلب الثالث: الانتهاء بموت المكفول عنه.

المطلب الرابع: الانتهاء بالإبراء.

المبحث الرابع: تطبيقات الكفالة بالنفس في واقع العرف الفلسطيني

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: من حيث طرق إثباتها.

المطلب الثاني: من حيث إجراءاتها التطبيقية.

المطلب الثالث: من حيث طرق انتهائها.

خاتمة البحث:

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

خامساً- منهج البحث:

نهجت في كتابة هذا البحث منهجاً يمكن بيانه من خلال النقاط التالية:

1. عولت على الكتب الفقهية، سيما كتب المذاهب الأربعة، مع الاستعانة بكتب التفسير والحديث وغير ذلك مما له علاقة بالموضوع.
2. نسبت الأقوال لقائليها والكتب لمصنفيها من باب الأمانة العلمية.
3. عرضت المسائل الفقهية التي تحتاج إلى مقارنة، وقارنتها بآراء الفقهاء ثم رجحت الرأي الراجح بعد ذكر الأدلة ما أمكن لذلك.
4. راعيت الترتيب الزمني عند طرحي للأقوال الفقهية بادئاً بالحنفية ثم المالكية ثم الشافعية وخاتماً بالحنابلة.
5. استعنت بكتب العرف والقانون وبعض الشخصيات الاعتبارية في القضاء العرفي ذات العلاقة بموضوع البحث ورجعت إليهم عند الضرورة، وكذلك استخدمت معاجم اللغة عند بيان بعض الأمور ووضحت معانيها اللغوية.
6. ذكرت الآيات القرآنية وعزوتها إلى سورها وأرقامها.
7. خرجت الأحاديث النبوية من كتب السنة المعتمدة، وإذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بعزوه دون الحكم عليه، وإذا كان في غيرها نقلت حكم المحدثين عليه ما استطعت إلى ذلك سبيلاً.

وفي الختام..

فهذا بحثي بذلت فيه قصارى جهدي، وحاولت ما وسعني الجهد تجلية الموضوع ودراسة مسائله، فهو جهد المقل ونتاج المبتدئ، فإن كان صواباً فمن الله، وإن كانت الأخرى فمن نفسي،

وأرجو الله العلي القدير أن يتقبل هذا العمل المتواضع، وأن يجعله في ميزان حسنات كل من أســـهم وساعد في إخراجه.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الباحـــــث

الفصل التمهيدي

حقيقة الكفالة وأنواعها

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول: تعريف الكفالة وحكمها.**
- **المبحث الثاني: أنواع الكفالة.**
- **المبحث الثالث: حقيقة العرف وحجيته.**

المبحث الأول

تعريف الكفالة وحكمها

ويشتمل على مطلبين:

- **المطلب الأول: تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً.**
- **المطلب الثاني: حكم الكفالة.**

المطلب الأول
تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً

أولاً- الكفالة لغة:

مصدر: كفل يكفل بفتح الفاء وكسرها كفالة، والكفيل: المثيل وجمعها: كفلاء، ويقال للأنثى: كفيلٌ، وقد يقال للجمع: كفيلٌ.

والكفالة: الضَّم: يقال كفل فلان فلاناً بمعنى ضمه إليه.

ومنه قوله تعالى: ﴿**وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا**﴾[1]: أي جعله يضمها إلى نفسه ليعولها ويقوم بتربيتها، وتكفل به كله: ضمه. وجاء في الحديث: "**أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا**"[2]: أي الذي يضمه إليه في التربية[3].

والكفالة والضمان والحمالة والزعامة والصبارة والقبالة كلها بمعنى واحد[4].

ثانياً- الكفالة اصطلاحاً:

تعددت عبارات العلماء في تعريف الكفالة وهذا يرجع إلى الأمور التالية:

1. توسع بعض العلماء في التعريف بذكر المزيد من القيود والمحترزات ليشمل بذلك أنواع الكفالة جميعاً.

2. إن بعض العلماء يفرق بين الكفالة والضمان ويجعل لكل منهما تعريفاً مستقلاً، والبعض الآخر لا يفرق بينهما، ويجعلهما في معنى واحد.

3. اقتصار بعض العلماء في تعريفاتهم على الكفالة بالدين، بحيث كان مقتضباً لا يظهر حقيقة الكفالة بشكل واضح.

وسأذكر تعريفات المذاهب مذهباً مذهباً.

---

[1] سورة آل عمران: جزء من الآية (37).

[2] البخاري: في كتاب (الأدب) باب (فضل من يعول يتيماً)(104/4 ح 6005).

[3] ابن منظور: لسان العرب (مادة كفل)(702/11)؛ الفيروزآبادي: القاموس المحيط (1361)؛ الرازي: مختار الصحاح (575)؛ أبوالبقاء الكفوي: الكليات (775)؛ سعدي أبوحبيب: القاموس الفقهي (321-322).

[4] ابن منظور: لسان العرب (مادة حمل)(216/11)؛ الزبيدي: تاج العروس (265/9)؛ المعجم الوسيط (408)؛ ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (329/3)؛ الفيروزآبادي: القاموس المحيط (1350-1351). وسيأتي توضيح معاني هذه الألفاظ (ص13- وما بعدها).

- **تعريف الحنفية:**

عرف الحنفية الكفالة بتعريفات عدة أوضحها[1]: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين"[2].

شرح تعريف ابن عابدين:

- قوله "ضم": الضم: الجمع، وهو جمع إحدى الذمتين إلى الأخرى.
- وقوله "ذمة إلى ذمة": الذمة هي العهد والأمان وهي وصف شرعي تثبت به الأهلية لوجوب ما له وعليه، وفسرها فخر الإسلام: بالنفس والرقبة التي لها عهد، والمراد أنها العهد، فقولهم في ذمته أي نفسه باعتبار عهدها من باب إطلاق الحال وإرادة المحل.
- وقوله "في المطالبة": مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة أو تيسير وصول حقه إليه؛ لأن التوثق يحصل بالمطالبة.
- وقوله "مطلقاً": شمل الأنواع الثلاثة، الدين، والعين، والنفس[3].

- **تعريف المالكية:**

يعبر المالكية عن لفظ الكفالة في كتبهم بالحمالة تارة وبالضمان تارة أخرى.

فعرف المالكية الضمان بتعريفات عدة أوضحها[4]: "التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له"[5].

شرح تعريف ابن عرفة:

- قوله "التزام دين لا يسقطه": أي لا يسقط الدين عمن هو عليه لبقائه في ذمة المدين، مع بقاء ذمة الضامن مشغولة في الوفاء بالحق، وللدائن أن يطالب أيهما شاء.
- وقوله "لا يسقطه": قيد خرج به الحوالة[6] على ما فيها.

---

(1) وهناك تعريفات أخرى للحنفية منها: "ضم ذمة في التزام المطالبة بالدين". نجم الدين النسفي: طلبة الطلبة (284).

(2) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (281/5).

(3) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (281/5-282)؛ ابن نجيم: البحر الرائق (221/6-222)؛ ابن الهمام: فتح القدير (163/7)؛ السرخسي: المبسوط (161/19-162)؛ الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق (146/3).

(4) ومن تعريفات المالكية للضمان: "التزام مكلّف غير سفيه ديناً على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له". الدردير: الشرح الصغير (429/3-430). أو هو: "شغل ذمة أخرى بالحق". الحطاب: مواهب الجليل (96/5).

(5) ابن عرفة: شرح حدود ابن عرفة (427/2).

(6) **الحوالة لغة:** وهي بفتح الحاء مشتقة من التحويل بمعنى الانتقال، والاسم الحوالة: يقال أحلت فلاناً على فلان بماله عليَّ من دراهم، ومنه قول النبيﷺ: "**وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع**". انظر ابن منظور: لسان العرب (226/11)؛ الفيروزآبادي: القاموس المحيط (1278-1279). والحديث جاء في البخاري عن أبي هريرةﷺ أن رسول اللهﷺ قال: "**مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**". البخاري: في كتاب (الحوالات) باب (الحوالة وهل يرجع في الحوالة؟)(129/2 ح2278). **والحوالة شرعاً**: "نقل حق من ذمة إلى ذمة". المرتضى: البحر الزخار (67/6)

- وقوله "أو طلب من هو عليه": معطوف على دين أي: التزام دين أو التزام طلب من هو عليه وبهذا القيد تدخل الكفالة بنوعيها الكفالة بالمال والكفالة بالنفس.
- وقوله "لمن هو له": أي لمن هو له الدين[1].

- **تعريف الشافعية والحنابلة:**

بالنظر إلى كتب الشافعية والحنابلة نجدهم يعبرون عن الكفالة بالضمان، ويخصصون لفظ الكفالة، بالكفالة بالنفس أو بالبدن، فالكفالة بالبدن عندهم صورة من صور الضمان.

فيعرف الشافعية الضمان بأنه: "التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره"[2].

شرح التعريف:

- قولهم "التزام": أي عقد يقتضي الالتزام؛ لأن الكفالة أو الضمان اسم العقد الذي يقتضي الالتزام، لا لنفس الالتزام؛ و"الالتزام": أي الذي هو أثر العقد وثمرته.
- قولهم "حق": المراد بالحق ما قابل العين، فيشمل المنافع فيصح أن يضمن منفعة الدار أو حمله إلى أي مكان شاء؛ حيث تعلق ذلك بذمة المضمون.
- قولهم "ثابت في ذمة الغير": بمعنى أي شيء ثبت في ذمة الغير، ولكنه أراد هنا ضمان رد المال وهو القسم الأول من أقسام الضمان.
- قولهم "أو إحضار": عطف على حق أي: أو التزام إحضار حق ثابت.
- قولهم "عين مضمونة": أي رد عين مضمونة كغصب أو إعارة، إذا كان قادراً على انتزاعها أو أذن له من هي تحت يده، وأراد هنا ضمان رد العين وهو قسم من أقسام الضمان بالمال.
- قولهم "أو بدن من يستحق حضوره": فهو معطوف على عين من ذي قبل والمراد الإحضار، وقد أراد هنا ضمان إحضار البدن وهو النوع الثاني من أنواع الكفالة[3].

أما تعريف الحنابلة:

يعرف الحنابلة الضمان على النحو التالي:

الضمان هو "التزام من يصح تبرعه أو ما وجب أو ما يجب على غيره مع بقائه"[4].

---

[1] الخرشي: علي خليل (22/5)؛ الدردير: الشرح الصغير (429/3-430)؛ التسولي: البهجة (331/1)؛ الصاوي: بلغة السالك (155/2).

[2] الجمل: حاشية الجمل على شرح المنهج (377/3)؛ الغمراوي: السراج الوهاج (240)؛ الشربيني الخطيب: الإقناع (312).

[3] البيجوري: حاشية (726/1)؛ الباجوري: هامش الإقناع (312-313)؛ الشرقاوي: حاشية (117/2-118).

[4] البهوتي: كشاف القناع (350/3)؛ الحنبلي: منتهى الإرادات (410/1).

أو هو "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"[1].

وأرى أن التعريفين مفادهما واحد.

شرح التعريف الأول:

- قولهم "التزام من يصح تبرعه": أي ممن هو جائز التصرف، فهو قيد احترز به عن الصغير والمجنون والسفيه؛ لأنه عقد فلا يصح منهم.
- قولهم "ما وجب أو ما يجب على غيره": "ما" مفعول التزام، أي مالاً وجب على آخر كثمن وقرض وقيمة متلف.
- قولهم "مع بقائه": أي يثبت الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق أن يطالب أيهما شاء[2].

التعريف المختار:

بعد سرد التعاريف السابقة تبين لنا ما يلي:

أولاً- إن أرجح هذه التعريفات وأقواها هو تعرف ابن عابدين من الحنفية للآتي:

أ. إن تعريف ابن عابدين تناول حقيقة الكفالة بوضوح؛ حيث اشتمل على أنواعها.

ب. إن الشافعية والحنابلة يفرقون بين لفظي الكفالة والضمان بخلاف الحنفية كما سبق بيانه.

ج. التعريف يثبت الحق في ذمة الضامن (الكفيل) مع التزام المكفول عنه ولا يسقط الحق عن المكفول عنه، لأن الكفالة تقوم على أساس اشتراك الكفيل وتضامنه مع المكفول عنه في المسئولية، وللمكفول له أن يطالب من يشاء منهما أو كليهما معاً.

العلاقة بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي للكفالة:

بعد بيان كل من التعريفين اللغوي والاصطلاحي للكفالة تبين لنا أنهما يلتقيان في لفظ الضم؛ حيث وردت هذه الكلمة في كليهما.

الألفاظ ذات الصلة:

1. الضمان: مشتقة من ضمن، وضمن الشيء وبه ضَمْناً وضماناً: كَفَل به، وضمّنه إياه: كَفّله، والضمين: الكفيل، يقال فلان ضامن وضمين كسامن وسمين، وناصر ونصير، وكافل وكفيل، وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عني، أي: غرمته فالتزمه، وفي الحديث: "**من مات في سبيل الله ضامنٌ على الله أن يدخله الجنة**"[3]. أي ذو ضمان على الله.

---

[1] المقدسي: العُدة (245)؛ المرداوي: الإنصاف (189/5)؛ بن مفلح: المبدع في شرح المقنع (248/4).

[2] البهوتي: دقائق أولى النهى لشرح المنتهى (245/2-246)؛ الزركشي: شرح الزركشي(141/2).

[3] البخاري: في كتاب (الجهاد والسير) باب (فضل الجهاد والخروج في سبيل الله)(358/2 ح3123)؛ ومسلم: في كتاب (الإمارة) باب (فضل الجهاد والخروج في سبيل الله)(19/13 ح1876).

والعلاقة بين الضمان والكفالــة: أن الضمان: أعم من الكفالة، لأن الكفالة صورة من صــور الضمان؛ ولأن من الضمان ما لا يكون كفالة، وهو عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمتة إن كان قيمياً[1].

2. الحَمالة: بالفتح: الدّية والغرامة التي يحملها قوم عن قوم، والحَميل: الكفيل، وحَمَلْــتُ بــه حمالة كَفَلْت به. وفي الحديث: "**لا تحلّ المسألة إلا لثلاثة، ذكر منهم رجل تحمل حمالة عن قوم**"[2]. وهو أن ينشب قتال بين فريقين تًسفك فيها الدماء، فيدخل بينهم رجل يتحمل ديات القتلى ليصلح ذات البين، والتحمل: أن يحملها عنهم على نفسه ويسأل الناس فيها[3].

والعلاقة بين الحمالة والكفالة: أن العرف خص الحمالة بالدية والغرم لإصلاح ذات البــين، وأطلق الكفالة على ضمان الدين والعين والنفس[4].

3. الحوالة: وهي بالفتح: التحول والانتقال، والحويل: الكفيل[5].

والفرق بين الحوالة والكفالة، أن الحوالة: نقل للدين من ذمة إلى ذمة أخرى، أما الكفالة: فهــي ضم ذمة إلى ذمة في الالتزام بالحق. فهما متباينتان[6].

4. الزّعامــة: وتأتي بمعنى: السيادة، والرياسة، كما تأتي بمعنى الكفالة، والزّعيم: الكفيــل[7]، وفي التنزيل: ﴿**وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾[8]، يريد: وأنا بحمل البعير كفيل نؤديه إلى ما جاء به[9]. وجاء في الحديث: "**الزعيم غارم**"[10]. فالكفالة من معاني الزعامة.

5. الصَّبارة: مشتقة من صَبَر صبراً: تجلد ولم يجزع، وصَبَر نفسه: حبسها وضبطها، وصبر فلان بالشيء صبراً وصبارة: كَفِل به، ومنه الصَّبير: وهو الكفيل، وإنما سمي بذلك لأنه يُصبَر على الغُرم[11].

---

[1] الزبيدي: تاج العروس (265/9)؛ ابن منظور: لسان العرب (مادة ضمن)(313/13)؛ أبوالبقاء الكفوي: الكليات (575).

[2] مسلم: في كتاب (الزكاة) باب (من تحل له المسألة)(722/2 ح1044).

[3] الأزهري: تهذيب اللغة (92/5-93)؛ ابن منظور: لسان العرب (مادة حمل) (216/11).

[4] القليوبي وعميرة: حاشيتا (516/2)؛ الخطيب: مغني المحتاج (198/2).

[5] الزبيدي: تاج العروس (297/7)؛ الفيومي: المصباح المنير (170/1).

[6] الغمراوي: السراج الوهاج (238)؛ الجمل: حاشية (377/3).

[7] الرازي: مختار الصحاح (272)؛ المعجم الوسيط: (408).

[8] سورة يوسف: جزء من آية (72).

[9] الزمخشري: الكشاف (267/2).

[10] أبوداود: في كتاب (البيوع)(540/9 ح3565)، قال الألباني صحيح؛ والترمذي: الجامع الصحيح فــي كتــاب (البيوع) باب (ما جاء في أن العارية مؤداة)(366/3 ح1265) وقال حديث حسن؛ وابن ماجة في كتاب (الصدقات) باب (الكفالة)(804/2 ح2405).

[11] ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (329/3)؛ سعدي أبوجيب: القاموس الفقهي (206).

والعلاقة بين الصبارة والكفالة: أن العرف خصّ الكفالة بالبدن، أما الصبارة فتعمّ الجميع فالعلاقة بينهما علاقة عموم وخصوص[1].

6. الغرامة: أصلها غَرِم يَغرَمُ غرماً وغرامة، والغُرْم: الدين، ورجلٌ غارمٌ: عليه دين، والغَرم: أداء شيء يلزم، مثل كفالة يغرمها، والغريم: الضامن، أي الملتزم ذلك والغارم والمغرم سواء، والجمع: غُرَماء[2].

وفي الحديث: "**الزعيم غارم**"[3]. والزعيم: الكفيل، والغارم: الذي يلتزم ما ضَمِنه وتكفل به[4].

والعلاقة بين الغرامة والكفالة: أن الكفالة أعمّ حيث تشمل أنواعها جميعاً، أما الغرامة فتختص بالمال.

7. القبالة:

تأتي بمعنى الكفالة، والقبيل: الكفيل، يقال قَبل به قَبالة، وذلك أنه يقبل على الشيء يَضمِنه[5]. وجاء في التنزيل: ﴿**أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلائِكَةِ قَبِيلاً**﴾[6]. قال: قبيلاً، أي: كفيلاً[7].

والعلاقة بين القبالة والكفالة: علاقة عموم وخصوص؛ حيث جرى العرف على أن القبالة أعمّ وأشمل والكفالة تختص بكفالة البدن[8].

---

(1) القرافي: الذخيرة (190/9)؛ الشربيني: الإقناع (313).

(2) الأزهري: تهذيب اللغة (131/8)؛ ابن منظور: لسان العرب (مادة غرم)(509/12).

(3) سبق تخريجه، انظر (ص14) من هذا البحث.

(4) العظيم أبادي: عون المعبود في كتاب (البيوع)(347/9 ح3560)؛ المباركفوري: تحفة الأحوذي في كتاب (البيوع) باب (ما جاء في العارية مؤداة)(393/4-394 ح1265).

(5) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (52/5)؛ الفيروزآبادي: القاموس المحيط (942).

(6) سورة الإسراء: جزء من آية (92).

(7) الزمخشري: الكشاف (375/2).

(8) القرافي: الذخيرة (190/9)؛ الشربيني: الإقناع (313).

المطلب الثاني
حكم الكفالة

اتفق جمهور العلماء على مشروعية الكفالة، مستدلين على ذلك من الكتاب والسنة، والإجماع، والقياس، والمعقول.

أولاً- الكتاب:

1. قال الله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾[1].

وجه الدلالة:

أن يعقوب عليه السلام طلب من أبنائه ضماناً قوياً، وهو أن يعاهدوا الله تعالى عهداً موثقاً أن يعيدوه إليه، وقدموا لأبيهم المواثيق بذلك، والكفالة شكل من أشكال المواثيق والضمانات التي تتم بين الناس.

فهذه الآية أصلٌ في جواز الحمالة (الكفالة) ودليلٌ على مشروعيتها؛ إذ إن الضمان والحمالة والكفالة مفادها واحد[2].

2. وقول الله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[3]،[4].

وجه الدلالة:

الآية الكريمة نصٌّ في جواز الكفالة بنوعيها الكفالة بالمال والكفالة بالنفس؛ لأنها تدل على أن الكفالة كانت صحيحة في شرعهم، وشرع من قبلنا شرعٌ لنا ما لم يرد النسخ[5]،[6].

---

[1] سورة يوسف: الآية (66).

[2] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (9/232-233)؛ المنتخب: في تفسير القرآن الكريم (342)؛ الرازي: التفسير الكبير (18/175).

[3] قال ابن عباس ومجاهد: (الزعيم): الكفيل، وكذلك الحميل والضمين والقبيل كلها بمعنى واحد والمعنى أي وأنا بحمل البعير كفيل أعطيه لمن جاء (بصواع الملك) وأراد بذلك إعطاء من يأتي بالصواع وسق بعير من طعام. ابن العربي: أحكام القرآن (3/1095)؛ الرازي: التفسير الكبير (18/183)؛ النسفي: تفسير النسفي (1/231-232)؛ الزمخشري: الكشاف (2/334).

[4] سورة يوسف: الآية (72).

[5] ابن العربي: أحكام القرآن (3/1095-1096)؛ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (9/232-233)؛ الشربيني: تفسير القرآن الكريم (2/125).

[6] ذهب بعض الأصوليين بأن شرع من قبلنا يلزمنا إذا قضى الله تعالى أو رسوله ﷺ من غير نكير على أن ذلك شريعة لنبينا؛ وذهب بعض آخر: بأن شرع من قبلنا لا يلزمنا حتى يقوم الدليل لقوله تعالى: ﴿**لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً**﴾(المائدة: جزء من الآية 48). فالمسألة تبقى محل خلاف بين الأصوليين. انظر النسفي: كشف الأسرار (2/170-171)؛ الباجي: إحكام الفصول (327)؛ الآمدي: الإحكام (4/190)؛ ابن المبرد: شرح غاية السول (420-421).

3. قال تعالى: ﴿**سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ**﴾[1].

وقال تعالى: ﴿**أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلائِكَةِ قَبِيلاً**﴾[2].

وقال تعالى: ﴿**وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً**﴾[3].

وجه الدلالة:

دلت الآيتان الأولى والثانية بمفهومهما على أن المراد من قوله تعالى (زعيم، وقبيلاً): أي كفيلاً، ودلت الآية الثالثة بمنطوقها على لفظة (كفيل)، فهذه الآيات يستأنس بها على مشروعية الكفالة[4].

ثانياً– السنة:

ورد في شأن الكفالة أحاديث كثيرة نقف على بعضها:

1. جاء في السنة عن أبي أمامة أن الرسولﷺ قال: "**العارية مؤداة**[5]**، والمِنحة**[6] **مردودة، والدَّين مقضي، والزعيم غارم**[7]"[8].

---

(1) سورة القلم: الآية (40).

(2) سورة الإسراء: الآية (92).

(3) سورة النحل: جزء من الآية (91).

(4) الرازي: التفسير الكبير (110/20) (95/21) (93/30)؛ النسفي: تفسير النسفي (297/2-298-327) (283/4)؛ الصابوني: صفوة التفاسير (423/3).

(5) **العارية لغة:** بتشديد المثناة التحتية وتخفيفها، اسم من الإعارة، وهي: ما تعطيه غيرك على أن يعيده إليك. تقول أعرته الشيء، أعيره إعارة، وعارة. انظر ابن منظور: لسان العرب (712/4)؛ أبوالبقاء الكفوي: الكليات (652). **والعارية شرعاً:** (إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليرده). الشرقاوي: على التحرير (90/2)؛ الحصني: كفاية الأخيار (291/1).

(6) **المنحة لغة:** هي بالكسر (اسم) يقال: المِنحة والمنيحة– فهي تدل على عطية، واستمنحه: طلب عطيّته، ومنحه الناقة جعل له وبرها ولبنها وولدها. انظر الفيروزآبادي: القاموس المحيط (221)؛ ابن فارس: معجم المقاييس في اللغة (966). **والمنحة شرعاً:** هي (هبة غلة الحيوان). الكناني: العقد المنظم (هامش)(128/2). والمعنى: أن يمنح ناقة يأكلون لبنها مدة ثم يردونها إليه. انظر النووي: (هامش) إرشاد الساري (396/4).

(7) (الزعيم غارم): الزعيم: أي الكفيل، والزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل العراق، والكفيل لغة أهل مصر. الزيلعي: نصب الراية (117/4). غارم: غرم يغرم غرماً، بمعنى ضامن، والغرم أداء شيء لازم. والمعنى: أن الكفيل ضامن. المباركفوري: تحفة الأحوذي في كتاب (البيوع) باب (ما جاء في أن العارية مؤداة)(393/4-394 ح1265).

(8) أبوداود: في كتاب (البيوع)، (540/9 ح3565)؛ قال الألباني: صحيح؛ والترمذي: الجامع الصحيح في كتاب (البيوع)، باب (ما جاء في أن العارية مؤداة) (366/3 ح1265)؛ وزاد الترمذي في (الوصايا) الولد للفراش، وللعاهر الحجر وحسابهم على الله، ومن ادعى إلى غير أبيه، أو انتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة. وقال: حديث حسن؛ وابن ماجة: في كتاب (الصدقات)، باب (الكفالة) (804/2 ح2405)؛ الزيلعي: نصب الراية في كتاب (الكفالة)(115/4).

وجه الدلالة:

دل الحديث على أن الكفيل يلزمه أداء ما تكفل به، وهذا دليل على مشروعية الكفالة[1].

2. أخرج البخاري عن سلمة بن الأكوع قال: **كنا عند النبيﷺ فأُتي بجنازة، فقالوا: يا رسول الله صلِّ عليها، قال: "هل ترك شيئاً" قالوا: لا، فقال: "هل عليه دين"، قالوا: ثلاثة دنانير، قال: "صلوا على صاحبكم"، فقال أبوقتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دينه؛ فصلى عليه**[2].

وفي رواية النسائي، وابن ماجة من حديث أبي قتادة قال:"أنا أتكفل به"[3].

وجه الدلالة:

يستفاد من الحديث شدة أمر الدَّيْن؛ فإنهﷺ ترك الصلاة على الميت؛ لأنها شفاعة، وشفاعته مقبولة لا ترد، والدين لا يسقط إلا بالتأدية. والحديث دليل على جواز الكفالة عن الميت[4].

ثالثاً- الإجماع:

أجمع العلماء على مشروعية الكفالة، ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعضاً من عصر النبوة إلى يومنا هذا من غير نكير[5].

رابعاً- القياس:

وأما القياس فلأنه باب معروف، فيجوز قياساً على العارية والقرض وغيرهما، ولأنه توثق بالحق فيجوز كالرهن[6].

خامساً- المعقول:

الكفالة من الأمور الجائزة، بل قد تكون أحياناً من المستحبات إذا أدت إلى فض المنازعات أو إلى تخليص المدين من الحبس أو من الإلحاح في الطلب على من عليه الحق ونحو ذلك من الأمور المحرجة للأصيل وأهله؛ ولذلك يوصف الكفيل بالكرم والرجولة، والمروءة[7].

---

[1] العظيم أبادي: عون المعبود في كتاب (البيوع)(347/9 ح3560)؛ المباركفوري: تحفة الأحوذي في كتاب (البيوع) باب (ما جاء في أن العارية مؤداة)(393/4-394 ح1265)؛ الزيلعي: نصب الراية في كتاب (الكفالة)(115/4-117).

[2] البخاري: في كتاب (الحوالة) باب (من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع)(131/2ح2295).

[3] ابن ماجة: في كتاب (الصدقات) باب (الكفالة)(804/2ح2407)؛ النسائي: المجتبى (279/7).

[4] ابن حجر: فتح الباري (383/4-384)؛ السندي: بحاشية سنن النسائي (317/7)؛ الصنعاني: سبل السلام (89/3)؛ ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين (420/1-421).

[5] السرخسي: المبسوط (162/19)؛ ابن الهمام: فتح القدير (163/7)؛ القرافي: الذخيرة (191/9)؛ الإحسائي: تبيين المسالك (24/4)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (99/4)؛ الرملي: نهاية المحتاج (432/4)؛ الشربيني: مغني المحتاج (198/2)؛ القفال: حلية العلماء (48/5)؛ الكوهجي: زاد المحتاج (223/2)؛ البهوتي: دقائق أولى النهى (245/2)؛ بن مفلح: المبدع في شرح المقنع (248/4)؛ البهوتي: كشاف القناع (350/3)؛ الزركشي: شرح (140/2).

[6] القرافي: الذخيرة (191/9).

[7] محمد إسماعيل: الفقه الواضح (79/3).

المبحث الثاني

أنواع الكفالة

ويشتمل على مطلبين:

- **المطلب الأول– النوع الأول: الكفالة بالمال.**
- **المطلب الثاني– النوع الثاني: الكفالة بالنفس.**

المطلب الأول

النوع الأول: الكفالة بالمال

والكفالة على نوعين: كفالة بالمال، وكفالة بالنفس[1]. وسأبدأ بالكفالة بالمال:

أولاً- تعريفها:

عرف الفقهاء الكفالة بالمال على النحو التالي:

1. عرفها الحنفية بأنها: "ضم ذمة في التزام المطالبة بالدين" أو هي: "الكفالة بأداء مال"[2].
2. وعرفها الشافعية بأنها: "التزام ما في ذمة الغير من مال"[3].

- ولم أقف على تعريف- الكفالة بالمال- عند كل من- المالكية والحنابلة- على وجه الخصوص، ولكنهم ضمنوه في تعريفهم العام للكفالة[4].

3. وعرفها ابن حزم بأنها: "نقل حق فقط"[5].

ويفهم من هذه التعريفات أن الكفالة بالمال هي: التي يلتزم فيها الكفيل التزاماً مالياً، ككفالة أحد آخر بدين عليه، أو كالكفالة بالمال المغصوب[6].

ثانياً- حكمة مشروعيتها:

ويبدو ذلك من عدة أمور:

1. تُعد **من** الخصال المحمودة؛ حيث يوصف صاحبها بالمروءة والشهامة.
2. إزالة خوف الدائن وآلامه من ضياع ماله.
3. تخليص المدين الخائف على نفسه من الحبس.
4. من أبواب التعاون الإيجابي لتسهيل مصالح الناس.
5. عقد من عقود التوثيق التي تحفظ للناس حقوقهم المالية من الضياع[7].

ثالثاً- أقسام الكفالة بالمال:

تنقسم الكفالة بالمال إلى ثلاثة أقسام: الكفالة بالدين، والكفالة بالعين، والكفالة بالدرك.

---

[1] وسوف أتحدث عن الكفالة بالنفس عند بيان حقيقة الكفالة بالنفس فيما سيأتي- إنشاءالله تعالى- في الفصل الأول (ص44- وما بعدها).

[2] النسفي: طلبة الطلبة (284)؛ مجلة الأحكام العدلية: مادة 614، (61).

[3] البيجوري: حاشية (726/1-727).

[4] انظر (ص11-12) من هذا البحث.

[5] ابن حزم: المحلى (111/8).

[6] علي حيدر: درر الحكام (616).

[7] ابن الهمام: فتح القدير (162/7)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (99/4-100)؛ القفال الشاشي: حلية العلماء (68/5).

وهذا تفصيل موجز عن كل قسم منها:

1. **الكفالة بالدين:**

الكفالة بالدين كما يفهم من كتب القدامى هي: (أن يلتزم إنسان أداء ما في ذمة غيره من مال إذا لم يؤده المدين)[1].

ففي حديث سلمة بن الأكوع: "**أن النبيﷺ امتنع من الصلاة على من عليه الدين، فقال أبوقتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دينه. فصلى عليه**"[2].

ويشترط لصحة الكفالة بالدين:

أ. **أن يكون الدين ثابتاً في الذمة وقت عقد الكفالة:**

كدين القرض والثمن والأجرة والمهر. أما إذا كان الدين يؤول إلى اللزوم في المستقبل: كجعل الجعالة[3]- أو كأن يقول الكفيل: أقرض فلاناً، وأنا كفيل بما ستقرضه إياه، أو أقرض فلاناً ديناراً وأنا أضمنه لك، أو ألق مالك في البحر وعلي ضمانه، **فقد اختلف العلماء في صحة كفالته على قولين:**

الأول: أنه يصح كفالته كما الدين الثابت في الذمة وقت عقد الكفالة وكأنهم اعتبروا ما يؤول إلى اللزوم في المستقبل في حكم الثابت في الذمة وهو قول الجمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[4].

الثاني: أنه لا يجوز كفالته؛ لأن الكفالة وثيقة فلا تسبق وجوب الحق كالشهادة. فيصح عندهم بنفقة اليوم للزوجة وما قبله وذلك لثبوته بالعقد وبذلك يوافقون الجمهور. ولا يصح عندهم بنفقة الغد، والمستقبل؛ لأنه تعليق سبب وجوب المال بالغرر والمخاطرة فأشبه البيع وهو قول الشافعي في الجديد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن والظاهرية[5].

---

(1) المرغيناني: الهداية (87/3)؛ ابن عرفة: شرح حدود ابن عرفة (427/2)؛ القليوبي وعميرة: حاشيتا (515/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (70/5).

(2) سبق تخريجه، انظر (ص18) من هذا البحث.

(3) **الجَعالة لغة:** من الجَعل: وجَعَل: بمعنى صنع، إلا أنه أعمّ، يقال: جَعَل يفعل كذا، ولا يقال صنع، والاسم الجعالة والجعيلة والجعل: ما يجعل للعامل على عمله. ابن عباد: المحيط في اللغة (256/1)؛ أبي البقاء الكفوي: الكليات (348). **والجَعالة شرعاً:** "التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول يعسر ضبطه". حماد: معجم في لغة الفقهاء (137).

(4) السرخسي: المبسوط (20/2-3)؛ الكاساني: بدائع الصنائع (13/6)؛ الزيلعي: تبيين الحقائق (146/3-147)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (333/3)؛ الباجي: المنتقى بشرح الموطأ (83/5)؛ الغرياني: المدونة (103/4)؛ النووي: روضة الطالبين (244/4)؛ القليوبي وعميرة: حاشيتا (519/2)؛ الرافعي: الشرح الكبير (149/5-150)؛ ابن قدامة: المقنع (113/2-114)؛ بن مفلح: الفروع (241/4-242)؛ ابن قدامة: الكافي (165/2-166).

(5) الرافعي: الشرح الكبير (149/5-150)؛ المحلي: على كنز الراغبين (519/2)؛ ابن حزم: المحلى (117/8).

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف إلى أن عقد الكفالة قائم على ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه في التزام الدين، والدين قبل ثبوته لا تنشغل به ذمة[1].

فالجمهور: نظروا إلى المصلحة وهي أن الحاجة تدعو إلى ذلك، واعتبروا أن ما يؤول إلى اللزوم في حكم الثابت[2].

والشافعي ومن وافقه: قالوا إن ذلك من باب المخاطرة والغرر الذي لا يصح[3].

الرأي الراجح:

والذي أراه راجحاً هو قول الجمهور القائل بجواز الكفالة على ما سيؤول في المستقبل وذلك للأسباب التالية:

1. أن الكفالة التزام مطالبة، والالتزام يصح مضافاً إلى المآل.
2. قوله تعالى: ﴿**وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾[4].

ففي الآية الكريمة أن المنادي تكفل بمال الجعالة وهي آيلة إلى اللزوم في المستقبل.

3. أن المصلحة تقتضي ذلك من باب التيسير على الناس، بل الحاجة والضرورة أصبحت داعية إليها.
4. لو لم يصح الدين اللازم في المستقبل؛ لأدى إلى ضرر عظيم رافع لأصل الحكمة التي شرعت الكفالة لأجلها[5].

ب. أن يكون ديناً لازماً صحيحاً:

وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فتجوز الكفالة بسائر الديون الصحيحة، ككفالة نفقة الزوجة التي وجبت بالقضاء أو الرضا، ولا تجوز قبل ذلك؛ لأنها لا تصير ديناً إلا بالقضاء أو الرضا، وكذلك لا تجوز الكفالة ببدل المكاتبة، لأنه لا يلزم المكاتب أداءه فلم يلزم كفالته؛ ولأن الكفالة تطلب لتوثيق الدين، ودين المكاتبة لا يوثق، ولأن للمكاتب الامتناع من الأداء، أو إسقاطها متى شاء. فلا معنى حينئذ للتوثق بها[6].

---

(1) انظر ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (73/5).

(2) الغرياني: مدونة الفقه المالكي (103/4)؛ النووي: روضة الطالبين (244/4)؛ ابن قدامة: الكافي (165/2–166).

(3) المرغيناني: الهداية (88/3)؛ النووي: مغني المحتاج (200/2)؛ ابن حزم: المحلى (117/8).

(4) سورة يوسف: جزء من الآية (72).

(5) القفال: حلية العلماء (55/5).

(6) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (302/5)؛ البغدادي: مجمع الضمانات (587/2)؛ المجلة (63)؛ عليش: شرح منع الجليل (205/6)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (333/3)؛ العدوي: حاشية (24/5–25)؛ الرملي: نهاية المحتاج (441/4)؛ البجيرمي: علي الخطيب (96/3)؛ القفال الشاشي: حلية العلماء (199/5)؛ البهوتي: كشاف القناع (357/3)؛ المرداوي: الإنصاف (199/5)؛ الزحيلي: الفقه الحنبلي الميسر (345/2).

2. الكفالة بالعين أو بالتسليم:

وهي: "تسليم عين معينة موجودة في يد الغير، كرد المغصوب إلى الغاصب، وتسليم المبيع إلى المشتري"[1].

ولا يفرق جمهور العلماء بين الكفالة بالعين أو بالتسليم ويعتبرونها بمعنى واحد.

أما الحنفية فيفرقون بين الكفالة بالعين والكفالة بالتسليم[2]:

فالكفالة بالعين هي: "الكفالة بأداء ثمن العين، أي على الكفيل تسليم العين إلى صاحبها إذا كانت موجودة وبدلها إذا استهلكت"[3].

والكفالة بالتسليم هي: "الكفالة بتسليم العين نفسها وعليه فالكفيل يكون مطالباً إذا كانت العين باقية وإذا تلفت سقطت عنه المطالبة"[4].

3. الكفالة بالدرك[5] (العهدة):

وهي: "التزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً"[6].

أو هي: "الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس البائع إن استحق البيع"[7].

أو: "ما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر بسبب سابق على البيع"[8].

- ومعنى ذلك: أن يضمن الكفيل للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً إما لرداءته أو لنقص الصنجة[9] التي وزن بها.

---

[1] نظام: الفتاوى الهندية (60/3)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (333/3)؛ البجيرمي: التجريد لنفع العبيد (28/3)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (75/5)؛ الزرقا: المدخل الفقهي العام (542/1).

[2] علي حيدر: درر الحكام (623-624).

[3] الزيلعي: تبيين الحقائق (147/3)؛ علي حيدر: درر الحكام (624).

[4] علي حيدر: درر الحكام (623-624).

[5] **الدَّرَك**: بفتح الدال، وبفتح الراء وإسكانها: التبعة: أي المطالبة والمؤاخذة، وكذلك اللَّحاق: أدركه: لحِقه، يقال: ما لحقك من درك فعليّ خلاصه. ابن منظور: لسان العرب (506/11)؛ الفيروزآبادي: القاموس المحيط. **والدرك شرعاً**: "التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع ولا يلزمه حتى يقضي بالاستحقاق على البائع أو على المشتري". البغدادي: مجمع الضمانات (599/2).

[6] ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (76/5).

[7] المجلة: مادة 616 (61).

[8] الزرقا: المدخل الفقهي العام (542/1).

[9] **الصنجة: لغة**: صنجة الميزان فارسي معرب. لسان العرب: (361/2)، وهي بفتح الصاد (كلمة أعجمية) وعربت، والجمع صنج: ويقال سنجة بالسين، وهو نقص المكيال. الشرقاوي: على التحرير (121/2)؛ الشربيني: المغني المحتاج (201/2).

ويسمى ضمان العهدة: وذلك لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده، والعهدة في الحقيقة عبارة عن الصك الذي يكتب فيه الثمن والفقهاء يعبرون عنه بالعوض: أي الثمن لأنه مكتوب في العهدة مجازاً تسمية للحال باسم المحل[1].

وقد أجمع الفقهاء على جواز ضمان الدرك، وإن لم يكن له حق ثابت، لمسيس الحاجة إليه في نحو معاملة الغريب بأن يخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقاً لأحد بأن يكون مرهوناً أو به عيباً أو نقصاً فاحتيج إلى التوثيق[2].

وكيفية ضمان الدرك:

أن يقول الكفيل للمشتري: ضمنت لك عهدة الثمن، أو دركه، أو يقول الكفيل للمشتري: ضمنت خلاصك منه، أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن. وذلك بعد قبض المبيع[3].

وللمشتري أن يطالب من شاء من البائع أو الكفيل بالثمن إذا خرج المبيع مستحقاً أو به عيباً أو ناقصاً[4].

رابعاً- حكم ضمان الكفيل للمال:

وقد اختلف الفقهاء في ضمان الكفيل؛ من حيث التزامه بأداء المال على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الحنفية؛ بأن الدين لا ينتقل من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل ولا تنشغل ذمة الكفيل مع ذمة المكفول عنه، وإنما يطالب الكفيل بالدين فقط[5].

المذهب الثاني: ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة[6]؛ إلى أن الكفيل تنضم ذمته بجانب ذمة الأصيل في الالتزام بأداء الدين، ويكون للمكفول له أن يطالب أيهما شاء؛ لأن الدين حينئذ يكون ثابتاً في ذمتهما معاً بموجب عقد الكفالة[7].

---

[1] البغدادي: مجمع الضمانات (599/2)؛ ابن النقيب: عمدة السالك (123)؛ الشرقاوي: على التحرير (121/2-122)؛ ابن قاسم: حاشية الروض المربع (104/5-105).

[2] ابن الهمام: فتح القدير (181/7-182)؛ المرتضى: البحر الزخار (78/6)؛ العيني: البناية (437/8)، البغدادي: مجمع الضمانات (599/2)؛ الباجي: المنتقى (83/5)؛ الخرشي: علي خليل (24/5)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (1961/4)؛ القرافي: الزخيرة (212/9)؛ البكري: إعانة الطالبين (77/3)؛ الشربيني: الإقناع (315)؛ الشربيني: مغني المحتاج (201/2)؛ الماوردي: الحاوي الكبير (119/8)؛ البهوتي: كشاف القناع (356/3-357)؛ ابن قيم الجوزية: جامع الفقه (399/4)؛ ابن قدامة: المقنع (114/2-115)؛ البهوتي: الروض المربع(240).

[3] الكاساني: بدائع الصنائع (5/6)؛ عليش: منح الجليل (208/6)؛ النووي: روضة الطالبين (247/4)؛ البهوتي: الروض المربع (240).

[4] ابن الهمام: فتح القدير (182/7)؛ الشرقاوي: على التحرير (122/2)؛ ساعي: موسوعة الفقه الإسلامي (542/2).

[5] ابن الهمام: فتح القدير (163/7)؛ المرغيناني: الهداية (90/3)؛ السرخسي: المبسوط (161/19).

[6] الفندلاوي: تهذيب المسالك (5-511)؛ ابن جزي: القوانين الفقهية (279)؛ مالك: المدونة الكبرى (131/4)؛ الشافعي: الأم (204/3)؛ الركبي: النظم المستعذب (277/1)؛ الشربيني: الإقناع (314)؛ بن مفلح: الفروع (237/4-238)؛ ابن قيم الجوزية: جامع الفقه (407/4)؛ العثيمين: الشرح الممتع (146/5).

[7] ذهب الإمام مالك من الجمهور في أحد قوليه وهو المعمول به في المذهب: أنه ليس للمكفول له أن يطالب الكفيل ابتداءً، ولكن يأخذ حقه من المكفول عنه، فإن نقص من حق المكفول له شيء أخذه من الكفيل، وذلك لأن الضمان وثيقة، فلا يستوفي الحق من الوثيقة إلا عند تعذر استيفائه من المكفول عنه كالرهن. مالك: المدونة الكبرى (131/4).

المذهب الثالث: ذهب ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبوثور وابن سيرين والظاهرية إلى أن الدين ينتقل بالكفالة إلى ذمة الكفيل، وتبرأ ذمة المكفول عنه من هذا الدين مطلقاً، ولا يجوز للمكفول له أن يرجع على المكفول عنه في حال حياته، ولا على ورثته بعد وفاته من ذلك الدين بشيء، وكذلك ليس للكفيل أن يرجع إلى المكفول عنه ولا على ورثته بشيء مما ضمن عنه[1].

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى عقد الكفالة: هل يقتضي تعدد لمحل الحق، وقيام الكفيل مقام المكفول عنه من حيث انشغال ذمته بالدين أو هو استيثاق بمنزلة الرهن.

فمن قال بأنه عقد يتعدد بمقتضاه محل الحق قال بأن ذمة الكفيل تنشغل بكفالته، ومن قال بأنه عقد استيثاق قال بأن ذمة الكفيل لا تنشغل ولكن يحق للمكفول له أن يطالب الكفيل حال حياته دون أن تكون معلقة في ذمته[2].

الرأي الراجح:

والذي أراه راجحاً هو قول الجمهور القائل أن الكفيل تنضم ذمته بجانب ذمة الأصيل في الالتزام بأداء الدين؛ وأن الدين حينئذ يكون ثابتاً في ذمتهما معاً بموجب عقد الكفالة.

وذلك للأسباب التالية:

أ. أن الكفالة معناها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بالحق، وعليه فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، فأما الكفيل فلحديثهﷺ: "**الزعيم غارم**"[3] أي الكفيل ضامن، وأما المكفول عنه؛ فلأن الدين باقٍ عليه.

ب. أن الكفيل متبرع بالالتزام بما يعود عليه من غرم.

ج. لو وهب المكفول له الدين للكفيل صحت الهبة وحينئذ للكفيل أن يرجع بالدين على المكفول عنه ولو لم تكن ذمته مشغولة بأصل الدين لما صحت هبة الدين له؛ لأن هبة الدين لغير من عليه الدين لا تجوز.

براءة الكفيل من أداء ذلك الحق ينافي ضم ذمته في حق المطالبة، وحينئذ لا يبقى معنىً للكفالة، بل تنقلب إلى حوالة[4].

---

[1] الشعراني: الميزان (88/3)؛ ابن حزم: المحلى (113/8).

[2] الزيلعي: تبيين الحقائق (146/3)؛ السرخسي: المبسوط (161/19)؛ ابن جزي: القوانين الفقهية (278-279)؛ الشربيني: الإقناع (314)؛ ابن قيم الجوزية: جامع الفقه (408/4).

[3] سبق تخريجه، انظر (ص14) من هذا البحث.

[4] الإحسائي: تبيين المسالك (28/4)؛ ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة (659/2)؛ الشربيني: مغني المحتاج (208/2)؛ النووي: روضة الطالبين (269/4)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (70/5- وما بعدها).

المطلب الثاني

النوع الثاني: الكفالة بالنفس

أولاً- تعريفها:

هي: "الالتزام بإحضار بدن من عليه الحق"[1].

يفهم من خلال التعريف أن الكفالة بالنفس هي: عقد وثيقة تتضمن أن يلتزم الكفيل بموجب هذا العقد بإشراك نفسه، وضمها بجانب ذمة المكفول عنه في المسئولية تجاه صاحب الحق المكفول له.

على أن يكون دور الكفيل إحضار المكفول عنه إلى مجلس الحكم أو القضاء.

وسأقوم بتعريف الكفالة بالنفس عند الفقهاء عند بيان حقيقة الكفالة بالنفس فيما سيأتي- إن شاء الله تعالى[2].

ثانياً- حكمة مشروعيتها:

بالإضافة لما ذكرنا من حكمة المشروعية في الكفالة بالمال، من أنها عقد من عقود التوثيق، ووسيلة من وسائل حفظ الحقوق، وتفريج كرب صاحب الحق الخائف على حقه.

فإن الكفيل بالنفس له من الأجر والثواب؛ لاسيما عند ضغط المكفول له (صاحب الحق) على المكفول عنه (الغريم) والتضييق عليه وعلى أهله، وتحمل الكفيل الشفقة الدينية، والعاطفة الأخوية على رفع ودفع الضرر، وإماطة الأذى عن الغريم وأهله[3].

ثالثاً- حكم الضمان بالنفس:

إذا كفل شخص آخر بنفسه، وقصر الكفيل في إحضار مكفوله، فهل يضمن ما عليه من مال؟

اختلفت كلمة الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية والشافعية؛ أنه في حال قصر الكفيل في إحضار مكفوله يحبس الكفيل[4].

المذهب الثاني: وذهب المالكية والحنابلة؛ في حال قصر الكفيل يضمن ما على مكفوله من الدين[5].

وسيتم بيان هذه المسألة عند الحديث عن حق المكفول له مطالبة الكفيل بإحضار المكفول عنه[6].

---

[1] العبيِّد: أصول المنهج الإسلامي (346).

[2] انظر (ص44) من هذا البحث.

[3] ابن الهمام: فتح القدير (162/7)؛ القفال الشاشي: حلية العلماء (68/5).

[4] المرغيناني: الهداية (87/3)؛ الغمراوي: السراج الوهاج (242).

[5] الدردير: الشرح الصغير (453/3)؛ ابن قاسم: حاشية الروض المربع (113/5).

[6] انظر (ص105) من هذا البحث.

المبحث الثالث

حقيقة العرف وحجيته

ويشتمل على أربعة مطالب:

- **المطلب الأول: تعريف العرف لغة واصطلاحاً.**
- **المطلب الثاني: مشروعية العرف.**
- **المطلب الثالث: أقسام العرف.**
- **المطلب الرابع: شروط اعتبار العرف.**

المطلب الأول
تعريف العرف لغة واصطلاحاً

أولاً- العرف لغة:

من عرفه يعرفه بالكسر معرفة وعرفاناً، ثم استعمل بمعنى الشيء المألوف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول، وتطلق كلمة العرف على معانٍ عدة منها:

الأول: التتابع: يقال تتابع الشيء، أي: اتصل بعضه ببعض.

ومنه: عرف الديك لحمة مستطيلة في أعلى رأسه، ومنه: عرف الفرس: أي منبت شعره، سمي بذلك لتتابع الشعر عليه.

ويقال كذلك: طار القطا عُرفاً عرفا- أي: بعضها خلف بعض، وجاء القوم عُرفاً- أي بعضهم يتبع بعض، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفاً**﴾[1].

الثاني: المعرفة: يقال: عَرَفه يَعرفُه مَعرِفة وعِرفاناً: أي علمه، ويقال: عرف فلان فلاناً، وهذا أمر معرف.

الثالث: السكون والاطمئنان: يقال: عرف فلان فلاناً: أي ألفه وسكن إليه واطمأن به.

الرابع: الظهور والوضوح: كقولهم: عُرف الرمل والجبل، يعنون به: ظهوره وعاليه.

والعرف- بالضم- ضد النكر. والعارِفُ: الرجل الصبور، يقال: أصيب فلان فوجد صبوراً عارفاً.

والعرف والعارفة والمعروف: ضد المنكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتأنس إليه وتطمئن به، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً**﴾[2] أي: مصاحباً معروفاً، وقيل المراد من كلمة (معروفاً) ما يستحسن من الأفعال.

والعُرف: الاسم من الاعتراف، يقال: له عليَّ ألفٌ عُرفاً أي اعترافاً.

والعرف والمعروف: الجود، وقيل اسم ما تبذله وتُسديه[3].

وعرف اللسان: "ما يفهم من اللفظ بحسب وضعه اللغوي"[4].

وعرف الشرع: "ما فهم منه حملة الشرع وجعلوه في الأحكام"[5].

---

(1) سورة المرسلات: الآية (1).

(2) سورة لقمان: جزء من الآية (15).

(3) الأزهري: تهذيب اللغة (344/2-345)؛ المطرزي: المغرب (311)؛ الفيومي: المصباح المنير (54/2)؛ ابن فارس: مجمل اللغة (661/3)؛ ابن منظور: لسان العرب (286/9-287)؛ الفيزوزآبادي: القاموس المحيط(752-753).

(4) أبي البقاء الكفوي: الكليات (617).

(5) نفس المرجع السابق.

ثانياً- العرف اصطلاحاً:

عرف الفقهاء العرف في الاصطلاح بتعريفات كثيرة إلا أن هذه التعريفات تدور في حقيقتها حول معنى واحد عند العلماء؛ والأمر لا يعدو سوى توسع بعضهم في القيود والمحترزات أو الإقلال منها.

وسأذكر بعض هذه التعريفات للبيان:

1. يقول ابن عابدين في رسائله: "وفي شرح التحرير العادة هي: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية. قلت بيانه: أن العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية فالعادة والعرف بمعنىً واحداً من حيث الماصدق وإن اختلفا من حيث المفهوم"[1].

2. وعرف الغزالي العرف بأنه: "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[2]. وقريباً منه الجرجاني حيث قال: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول"[3].

3. وعرفه خلاف بأنه: "ما تعارفه الناس، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك"[4].

4. وعرفه الزرقا بأنه: "عادة جمهور قوم في قول أو فعل"[5].

بعد سرد التعريفات نجد أنها تدور حول ماهية واحدة، وإن اختلفت بعض الكلمات أحياناً.

وعرف علماء القانون العرف:

بأنه: "مجموعة من القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل، والتي لها جزاء قانوني سواء بسواء"[6].

أو هو: "اعتياد الناس على سلوك معين وارتقاء هذا الاعتياد في نفوسهم بحيث يصبح ملزماً واجب الاتباع"[7].

التعريف المختار:

ويمكن أن أخلُص من بين التعريفات السابقة؛ بأن أجمع بينها في التعريف الآتي:

العرف هو: (ما تعارفه الناس، واستقر في نفوسهم بشهادة العقول، وتلقته طبائعهم السليمة بالقبول، سواء كان قولاً أم عملاً).

شرح التعريف:

"ما تعارفه الناس": "ما" من صيغ العموم تشمل كل ما تعارفه الناس.

"استقر في نفوسهم": احترز به عما حصل بطريق الندرة ولم يعتده الناس؛ فإنه لا يعد عرفاً.

---

(1) ابن عابدين: مجموعة رسائل (112).
(2) الغزالي: المستصفى (138/2).
(3) الجرجاني: التعريفات (152).
(4) عبدالوهاب خلاف: أصول الفقه (89).
(5) الزرقا: المدخل الفقهي العام (131/1).
(6) أبوستيت: أصول القانون (87)؛ سوار: دليل التمارين العملية في المدخل للعلوم القانونية (140).
(7) أبوملوح: مبادئ القانون (147/1).

"بشهادة العقول": احترز به عما استقر في نفوسهم من جهة الأهـواء والـشهوات؛ كتعـاطي المسكرات واعتياد كثير من أنواع الفجور، وهو احتراز عما استقر في النفوس بسبب حادث خاص؛ كفساد الألسنة الناشئ عن اختلاط الأعاجم بالعرب.

"وتلقته طبائعهم السليمة بالقبول": احترز به عما أنكرته الطباع أو بعضها؛ فإنه نكر لا عرف.

"سواء كان قولاً أم عملاً": شمل العرف القولي والفعلي.

الألفاظ ذات الصلة:

أ. العادة: أصلها في اللغة عود، وجمعها عادات، وعوائد، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها: أي يرجع إليها مرة بعد أخرى. وتعود الشيء، وعاده، وأعاده: أي صار له عادة، وعاوده، واعتاده، واستعاده. وعوده الشيء: جعله يعتاده، وعود كلبه الصيد فتعوده. **والعادة:** الديدن يُعاد إليـه، وهـي الاستمرار على الشيء[1].

والعادة اصطلاحاً:

عرَّف الفقهاء العادة في الاصطلاح بتعريفات عدة، إلا أن هذه التعريفات تدور فـي حقيقتهـا حول معنىً واحد وسأذكر بعضها للبيان:

قال ابن نجيم: نقلاً عن الهندي في شرح المغني: "العادة عبارة عما يستقر في النفـوس مـن الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة"[2].

أو هي: "الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة"[3].

وعرفها القرافي بأنها: "غلبة معنى من المعاني على الناس"[4].

وعرفها الجرجاني بأنها: "ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[5].

وعرفها الزرقا فقال هي: "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"[6].

وعرفها بعضهم بأنها: "ما يفعله الناس أو الشخص على حكم العقل مرة بعد مرة من غير تكلف"[7].

- يفهم من خلال التعريفين اللغوي والاصطلاحي للعادة؛ أن هذه التعريفـات تـدور حـول معنىً واحد، وهو تكرار الشيء ومعاودته عند الناس من غير علاقة عقلية؛ فالعادة والعرف بمعنـىً واحد من حيث الماصدق وإن اختلفا من حيث المفهوم.

وبناءً على ما سبق؛ فالأمر الجاري صدفة مرة أو مرتين ولم يعتده الناس لا يعتبـر عـادة. وكذلك فليس من العادة ما استمر عليه تطبيقاً لنصٍ شرعي[8].

العلاقة بين العادة والعرف:

نلاحظ من خلال ما سبق أن العادة والعرف لفظان مترادفان.

- ويرى البعض أن العادة أعم من العرف؛ لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامـل طبيعـي وكذلك العادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف، فتكون العلاقة بين العـادة والعـرف هـي علاقة عموم وخصوص، فكل عرف عادة، وليست كل عادة عرفاً؛ لأن العادة قد تكـون فرديـة أو مشتركة[9].

---

(1) ابن منظور: لسان العرب (315/3)؛ الفيومي: المصباح المنير (88/2).
(2) ابن نجيم: الأشباه والنظائر (93).
(3) علي حيد: درر الحكام (40).
(4) القرافي: شرح تنقيح الفصول (148).
(5) الجرجاني: التعريفات (152).
(6) الزرقا: المدخل الفقهي العام (838/2).
(7) قلعجي: معجم لغة الفقهاء (269).
(8) علي حيدر: درر الحكام (40)؛ قلعجي: معجم لغة الفقهاء (269).
(9) علـي حيـدر: درر الحكـام (40)؛ الزرقـا: المـدخل الفقهـي العـام (843/2-844)؛ الباحـسين: العـادة محكمة (50/49).

- وبالنظر إلى كلام الفقهاء في كتبهم نجد أنهم يستعملون العادة والعرف بمعنىً واحد، فالمسألة على ما يبدو اصطلاحية ولا مشاحة في الاصطلاح.

ب. الاستحسان: لغة هو: "عد الشيء واعتقاده حسناً يقال: استحسنت كذا: أي اعتقده حسناً. وقيل: هو طلب الأحسن من الأمور، أو الأخذ بما هو أرفق للناس"[1].

والاستحسان في اصطلاح الأصوليين: "هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي، أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل انقدح في عقله رَجَّح لديه هذا العدول"[2].

العلاقة بين الاستحسان والعرف:

إن العرف مبنى على ما استحسنه الناس في عادتهم، فالعرف هو الأمر المستحسن المألوف. وبناءً على ذلك يكون العرف سبب من أسباب الاستحسان[3].

ج. المصلحة: لغة هي: "الصلاح والنفع، وصلح صلاحاً وصلوحاً زال عنه الفساد، وصلح الشيء كان نافعاً أو مناسباً، يقال: أصلح في عمله أي أتى بما هو صالح نافع"[4].

والمصلحة في اصطلاح الأصوليين: يرى الغزالي أن المصلحة في الأصل عبارة عن "جلب منفعة أو دفع مضرة". فهو يعني بالمصلحة ما يرجع إلى تحقيق قصد الشارع من الخلق الذي يتضمن حفظ المقاصد الخمسة[5].

د. الإجماع: لغة هو: العزم، والتصميم أو الاتفاق على أمر[6].

والإجماع في اصطلاح الأصوليين: هو: "اتفاق المجتهدين من المسلمين بعد وفاة الرسولﷺ في عصر من العصور على حكم شرعي"[7].

العلاقة بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي للعرف:

بعد بيان كل من التعريفين اللغوي والاصطلاحي للعرف تبين لنا أنهما يلتقيان بما يفيد الطمأنينة والاستقرار، ذلك أن العرف في اللغة ضد المنكر وهو ما تعرفه النفس وتطمئن إليه، وهو واضح في المعنى الاصطلاحي.

فالعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي واضحة، فهما يلتقيان في:

- **التتابع:** الذي هو من معاني العرف في اللغة من جهة أن العرف في الاصطلاح لابد من أن يكون متتابعاً في حياة الناس غالباً عليها.

- ويلتقيان في **السكون والطمأنينة**؛ لأن العرف في الاصطلاح لابد أن يسكن الناس إليه ويستقر في نفوسهم.

- وفي **الظهور والوضوح**؛ لأن العرف لابد أن يظهر في حياة الناس ويتضح في تصرفاتهم حتى يكون عرفاً لهم.

- وعليه **فالعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي** تقرب من التساوي إن لم تكن هي إياها؛ فتأمل قيمة هذه الكلمة (العرف) وكرم هذه المعاني التي تدل عليها وصحتها، ودلالة ذلك كله على جلال هذه اللغة الجميلة.

---

(1) أبوالبقاء الكفوي: الكليات (107).
(2) خلاف: علم أصول الفقه (88).
(3) الموسوعة الفقهية: (54/30).
(4) ابن منظور: لسان العرب (517/2)؛ الفيروزآبادي: القاموس المحيط (917).
(5) الغزالي: المستصفى (284/1).
(6) الفيروزآبادي: القاموس المحيط (14/3).
(7) الغزالي: المستصفى (196/1).

المطلب الثاني
مشروعية العرف

اتفق العلماء على مشروعية العرف الصحيح، واعتباره حجة ودليلاً من الأدلة الشرعية التي ينبني عليه الأحكام[1].

يقول ابن عابدين في أرجوزته: "والعرف في الشرع له اعتبار، لذا عليه الحكم قد يدار"[2].

ويقول السرخسي في المبسوط: "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"[3].

ويقول ابن نجيم: "واعلم أن اعتبار العادة والعرف يُرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً"[4].

وقد استدل العلماء على حجية العرف من الكتاب والسنة والمعقول.

أولاً- من الكتاب:

1. **قال الله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[5].**

وجه الدلالة:

أن العرف يراد به هنا المعروف، والمعروف هو المستحسن لدى العقل فعله ولم يكن منكراً عند ذوي العقول السليمة. **فالعرف والمعروف:** كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس من الأقوال والأفعال والأمر في الآية الكريمة يثبت لنا أن العرف أو المعروف: هو أحد الأركان للآداب الدينية والتشريع الإسلامي، وهو مبني على اعتبار أعراف وعادات الأمة الحسنة، وما تتواطأ عليه من الأمور الحسنة في مصالحها[6].

فالأمر في الآية الكريمة دليل على اعتبار العرف شرعاً.

---

[1] ابن عابدين: مجموعة رسائل (113)؛ ابن نجيم: الأشباه والنظائر (93)؛ الشاطبي: الموافقات (2/285-288)؛ السيوطي: الأشباه والنظائر (98)؛ السبكي: الأشباه والنظائر (1/50-51)؛ ابن رجب الحنبلي: القواعد (274)؛ التركي: أصول مذهب الإمام أحمد (533)؛ أبوالحارث الغزي: موسوعة القواعد الفقهية (1/40)؛ قوته: العرف (1/225- وما بعدها)؛ الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي (2/828)؛ زيدان: الوجيز(254)؛ سلطان: الأدلة الاجتهادية (787)؛ بدران: أصول الفقه الإسلامي (226)؛ أمير عبدالعزيز: أصول الفقه الإسلامي (1/506)؛ رقية العلواني: أثر العرف في فهم النصوص (51).

[2] ابن عابدين: مجموعة رسائل (112).

[3] السرخسي: المبسوط (13/14).

[4] ابن نجيم: الأشباه والنظائر (93).

[5] سورة الأعراف: الآية (199).

[6] الجصاص: أحكام القرآن (3/38)؛ الشوكاني: فتح القدير (2/279)؛ الزحيلي: التفسير الوجيز على هامش القرآن العظيم (177)؛ محمد رشيد رضا: تفسير المنار (9/533-534).

2. **قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1].**

وجه الدلالة:

أن المراد: "أي وعلى والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف أي: بما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف ولا إقتار بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإقتاره"[2]، كما قال تعالى: **﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً﴾**[3].

"فهذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعاً، وإنما تتقدر عادة بحسب الحالة من المنفِق والحالة من المنفَق عليه، فتُقَدَّر بالاجتهاد على مجرى العادة"[4].

فالله تعالى أحال الإنفاق على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام[5].

وقال ابن قدامة: "والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم من حق الموسر والمعسر والمتوسط وكذلك في الكسوة"[6].

وهذا دليل على اعتبار العرف والعادة في تقرير الأحكام.

ثانياً- السنة:

1. **قول النبيﷺ: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"[7]،[8].**

وجه الدلالة:

دل الحديث على أن الأمر الذي اعتاده المسلمون واستحسنوه، وتلقته طباعهم بالقبول فهو من الأمور الحسنة عند الله، وما كان عند الله حسناً يكون دليلاً وحجة من حيث العمل به[9].

وبهذا الحديث يستدل معظم العلماء على حجية العرف في بناء الأحكام؛ لأن العرف تثبت حجيته بنص هذا الحديث "**ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن**"[10]،[11].

ثالثاً- المعقول:

إن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقق مصالح العباد، ومن ذلك مراعاة أعرافهم التي استحسنوها، ورغبوا فيها، فوجدنا الشارع يراعي أعراف الناس الصالحة، فيلزم من ذلك اعتبار العرف الصحيح، ليكون أصلاً من أصول الشريعة ودليلاً من أدلتها.

---

(1) سورة البقرة: الآية جزء من الآية (233).
(2) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (332/1).
(3) سورة الطلاق: الآية (7).
(4) ابن العربي: أحكام القرآن (1841/4).
(5) ابن العربي: أحكام القرآن (1841/4-1842).
(6) ابن قدامة: المغني(567/7).
(7) الإمام أحمد: في مسنده (84/6 ح 3600)، قال الأرنؤوط: إسناده حسن ورجاله ثقات؛ والطبراني: المعجم الكبير (112/9-113 ح8583)؛ والبزار: بمسند البزار (212/5-213 ح 1816).
(8) قال العلائي: "ولم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف، والسؤال، وإنما هو من قول عبدالله بن مسعود موقوفاً عليه، أخرجه أحمد في مسنده". ابن نجيم: الأشباه والنظائر (93)؛ السيوطي: الأشباه والنظائر (89).
(9) التركي: أصول مذهب الإمام أحمد (540)؛ سلطان: الأدلة الاجتهادية (792)؛ الطنطاوي: أصول الفقه الإسلامي (310-311).
(10) الزرقا: المدخل الفقهي العام (133/1-134)؛ بدران أبو العنين: أصول الفقه الإسلامي (226).
(11) سبق تخريجه. انظر (ص33) من هذا البحث.

هذا وقد أثبت الفقهاء قواعد في (العرف والعادة) كانت أساساً وضوابط لكثير من الأحكام القائمة على العرف، ومن أهم هذه القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة القواعد التي ذكرته مجلة الأحكام العدلية في المواد التالية:

1. "العادة محكمة".

مثال ذلك: اعتياد أهل قطاع غزة أن طعام أهل العروس يوم الزفاف على نفقة العريس.

2. "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان".

مثال ذلك: إفتاؤهم بمنع الزوج من السفر بزوجته بغير رضاها، وإن أوفاها المهر المعجل.

3. "الحقيقة تترك بدلالة العادة".

ومن أمثلة ذلك: صيغ الماضي في العقود؛ كبعت واشتريت، يتم العقد بها- وإن كانت للماضي وضعاً- لأنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع.

4. "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت".

مثاله: جريان العرف في قطاع غزة على تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل.

5. "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

مثال ذلك: كمن وكَّل شخصاً بشراء لحم أو خبز مثلاً- تقيد عقد الوكالة بنوع اللحم والخبز المعتاد أكله- ففي غزة المعهود لحم البقر وخبز القمح، فلو اشترى نوعاً آخر غير معتاد لا يلزمه.

6. "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم".

ومن أمثلتها: لو تبايع تاجران شيئاً ولم يصرحا في صلب العقد أن الثمن نقداً ونسيئة؛ فعقد البيع- وإن كان مقتضاه قبض الثمن حالاً- إلا أنهم إذا تعارفوا على أن ذلك الشيء يؤدى ثمنه بعد أسبوع أو شهراً أو مقسطاً، لا يلزم المشتري دفع الثمن حالاً، وينصرف إلى عرفهم وعاداتهم في الأجل لأن المعروف بينهم كالمشروط.

7. "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص".[(1)].[(2)]

مثاله: أن نفقة الزوجة على زوجها يكون بالقدر المتعارف المعتاد بين أمثالها من النساء وبحسب حالهما غنىً وفقراً.

---

(1) ابن نجيم: الأشباه والنظائر (93-99)؛ السيوطي: الأشباه والنظائر (89-92)؛ مجلة الأحكام العدلية المواد: (36) (37) (38) (39) (40) (41) (42) (43) (44) (45).

(2) وكذلك فإن محصلة القول عند أساتذة القانون؛ بأن مصادر الشرائع الوضعية التي تضعها الأمم لأنفسها- خمسة، وهي: (التشريع، العرف، الدين، آراء الفقهاء وشراح القوانين، السوابق القضائية). فيرجع القضاء إلى هذه المصادر فيما لم تتناوله القوانين بالنص. فرج: المدخل للعلوم القانونية (181/1- وما بعدها)؛ سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية (14- وما بعدها)؛ موسى أبوملوح: مبادئ القانون (11/1- وما بعدها).

ويلاحظ أن الأحكام والقواعد القانونية التي تستمد من العرف لها مزيتان: **أحدهما:** أن الناس يكونون على معرفة سابقة بتلك الأحكام مما يحد من اختلافهم، **والآخر:** أن تلك الأحكام اعتادها الناس جراء سلوك معين في معاملاتهم الاجتماعية وهكذا أصبحت مألوفة ومقبولة ورسخ أثرها في نفوسهم، وصارت فيما بعد بمثابة قاعدة ملزمة وواجبة الاتباع قانوناً. عالية: نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام (401)؛ سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية (108-112)؛ موسى أبوملوح: مبادئ القانون (147/1).

المطلب الثالث
أقسام العرف

قسّم العلماء العرف إلى أقسام عدة باعتبارات مختلفة:

الاعتبار الأول: من حيث حقيقته القولية والعملية: وهو نوعان:

أ. **العرف القولي (اللفظي):** وهو: "أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى"[1].

مثاله: ما تعارفه الناس بينهم من إطلاق الولد على الذكر وليس الأنثى، وإطلاق اسم اللحم على النَّعم دون السمك[2].

ب. **العرف العملي:** وهو: "أن يتعارف الناس على أفعال أو معاملات قد تعوّدوا عليها، بعد إذ استحسنوها ورغبوا فيها"[3].

مثال ذلك: اعتياد الناس اليوم البيع والشراء بالمعاطاة، وتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، وتقديم الطعام للضيف باعتبار ذلك إذناً له بالتناول منه[4].

الاعتبار الثاني: من حيث العموم والخصوص: وذلك على ثلاثة أنواع:

أ. **العرف العام:** هو: "الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور"[5]. أو هو: "الذي اتفق الناس على العمل به في جميع البلدان وفي أي زمن من الأزمان"[6].

ومن أمثلة العرف العام: تعارف الناس في جميع البلدان على عقد الاستصناع، والإجارة، والسلم، ودخول الحمام من غير تقدير لمدة المكث فيه ولا تقدير لكمية الماء المستعمل... إلى غير ذلك[7].

---

[1] ابن أمير الحاج: التقرير والتجبير (282).
[2] زيدان: الوجيز في أصول الفقه (252)؛ الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي (829/2)؛ سلطان: الأدلة الاجتهادية (785)، شلبي: المدخل (261).
[3] أمير عبدالعزيز: أصول الفقه الإسلامي (504/1).
[4] الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي (829/2)؛ زيدان: الوجيز في أصول الفقه (252)؛ شلبي: المدخل (261-262).
[5] الزرقا: المدخل الفقهي العام (848/2).
[6] الطنطاوي: أصول الفقه الإسلامي (310).
[7] التركي: أصول مذهب الإمام أحمد (525)؛ الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي (832/2)؛ مدكور: أصول الفقه(71)؛ سلطان: الأدلة الاجتهادية (785).

ب. العرف الخاص: هو: "العرف الذي يسود في كل بلد من البلدان أو إقليم من الأقاليم أو طائفة من الناس"[1]. أو هو: "العادة المتعارفة فقط عند قوم أو في بلدة"[2].

أمثلة العرف الخاص: وهي كثيرة لا تكاد تحصى صوره من بلد إلى بلد أو من زمان إلى زمان أو طائفة، ولا تقف عند حد لأنها متجددة.

ولكن من أمثلة ذلك: "استعمال علماء النحو لفظة الرفع وعلماء الأدب كلمة النقد"[3]، وكتعارف الناس والعلماء في زماننا على إطلاق كلمة فقيه على من يعلم أحكام الفقه بتعلمها ومداومة الاطلاع عليها مع أن أصل الفقيه هو صاحب الملكة في استنباط الأحكام الفقهية[4]، وكتعارف أهل فلسطين وبعض البلدان تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل[5].

ج. العرف الشرعي: هو: "عبارة عن الاصطلاحات الشرعية كالصلاة، والزكاة، والحج؛ فباستعمالها في المعنى الشرعي أهمل معناها اللغوي"[6].

مثال ذلك: الصلاة في اللغة: معناها الدعاء، ولكن استعملها الشارع في عبادة مخصوصة حيث عبر عنها بأنها "عبارة عن أقوال وأفعال مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم بشروط"[7].

الاعتبار الثالث: من حيث الثابت والمتبدل: وهو نوعان:

أ. العرف الثابت: هو: "الذي لا تبديل له مهما اختلف الزمان والمكان والأشخاص"[8].

كوجود شهوة الطعام والشراب، والنظر والجماع، والجلوس والقيام، والسير والوقوف، والكلام والصمت... وما شابه[9].

ب. العرف المتبدل: وهو: "الذي يختلف باختلاف الأزمان والبيئات والأحوال"[10].

وهو أنواع:

1. منه ما يعود إلى البيئات: كحسن الشيء أو قبحه فيكون في بقاع حسناً وفي بقاع قبيح.

مثال ذلك: كشف الرأس: فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد الشرقية وغير قبيح في البلاد المغربية[11].

---

(1) أبوزهرة: أصول الفقه (256).
(2) رستم باز: شرح المجلة (35).
(3) علي حيدر: درر الحكام (40).
(4) مدكور: أصول الفقه (71).
(5) زيدان: الوجيز في أصول الفقه (253).
(6) علي حيدر: درر الحكام (41).
(7) الحصني: كفاية الأخيار (82/1).
(8) الموسوعة الفقهية: (56/30).
(9) الشاطبي: الموافقات (284/2).
(10) الموسوعة الفقهية: (56/30).
(11) الشاطبي: الموافقات (284/2).

2. ومنه ما يعود إلى الألفــاظ: فإن الألفاظ تختلف عباراتها بحسب اصطلاح الــصنَّاع فــي صنائعهم وتعاملهم مع الناس، أو أن غلبة الاستعمال في بعض الألفاظ اشتُهر به معنى معــين، وقــد كان يفهم منه قديماً شيء آخر أو كان مشتركاً لفظياً فاختص بأحدها[1].

مثال ذلــك: ما لو قال شخص لجزار أعطني لحماً، فإن المراد لحم بقر وهو الدارج في قطاع غزة لا غيره لاشتهار ذلك المعنى عند الإطلاق أو قال لخباز أعطني خبزاً، فإن المراد المــصنوع من القمح وليس من الشعير وذلك لغلبة الاستعمال عند الناس.

3. ومنه ما يعود إلى الأفعال: كما هو معروف في قطاع غزة في النكاح من قبض الزوجــة للصداق قبل الدخول لا بعده أو في بيع سلعة معينة أن تكون بالنقد لا بالأجل أو بالعكس...إلى غيــر ذلك[2].

4. ومنه ما يعود إلى الأحوال: كالبلوغ فإنه يعتبر فيه عادات وأعراف الناس من الاحتلام أو الحيض، وذلك بحسب الأقطار، ففي الجو الحار يعجل البلوغ، وفي المناطق الباردة يتأخر البلوغ[3].

الاعتبار الرابع: من حيث مدى مشروعيته: وهو نوعان:

أ. العرف الصحيح: هو: "ما تعارفه الناس وليست فيه مخالفة لدليل من الأدلــة ولا يفــوت مصلحة أو يجلب مفسدة، فهو لا يبطل واجباً ولا يحل محرماً"[4].

من خلال التعريف نستنتج أن العرف الــصحيح هــو الــذي لا يخــالف قواعــد الــشريعة ونصوصها.

مثال ذلك: تعارف الناس في قطاع غزة على أن الزوجة لا يتم البناء بها إلا بعد قبض جــزء من المهر؛ لأن المهر معجل ومؤجل، وكتعارف الناس اليوم تقــديم عربــون عنــد إنــشاء عقــد الاستصناع[5].

ب. العرف الفاسد: هو: "ما كان مخالفــاً لــنص الــشارع، أو يجلــب ضــرراً، أو يــدفع مصلحة"[6].

مثال ذلك: كتعارف الناس أكل الربا، والتعامل مع البنوك بالفوائد الربوية، واخــتلاط النــساء بالرجال في الحفلات والأفراح والإتيان بما يسمى الفدعوس في الأفراح وهو المزمــار والطبــل،

---

(1) الشاطبي: الموافقات (284/2) .
(2) الشاطبي: الموافقات (284/2-285).
(3) نفس المرجع السابق.
(4) بدران: أصول الفقه الإسلامي (227).
(5) سلطان: الأدلة الاجتهادية (786)؛ الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي (830/2).
(6) زيدان: الوجيز في أصول الفقه (253).

وعدم احترام الأبوين والمعلمين والعلماء وكبار السن في المناقشة والحوار، وكحرمان المرأة من الميراث... إلى غير ذلك[1].

[1] بدران: أصول الفقه الإسلامي (227)؛ الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي (830/2)؛ سلطان: الأدلة الاجتهادية (786)؛ الباحسين: قاعدة العادة محكمة (45).

المطلب الرابع
شروط[1] اعتبار العرف

للأعراف والعوائد أثر كبير في ابتناء الأحكام- ولـذلك لا غنـى للـشرع عـن مراعاتهـا واعتبارها، ولكن بالنظر إلى الأعراف والعادات نجد أنه ليس كل عرف أو عادة معتبرة لدى الفقهاء وإنما العرف المعتبر، هو ما توفرت فيه شروط معينة؛ بحيث إذا نقص أو اختل شرط منها لم يعتـد بذلك العرف، وإليك بيان هذه الشروط:

الشرط الأول: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً:

يشترط في اعتبار العرف أن يكون مطرداً أو غالباً، ولذلك قـالوا: إنمـا تعتبـر العـادة إذا اطردت، أو غلبت فإذا اضطربت فلا[2]، وكذلك إذا تساوت أو ندرت فلا تراعى[3].

ومعنى مطرداً: أي أن يكون العمل بالعرف جارياً عند الناس وشائعاً مـستمراً فـي جميـع الحوادث دون تخلف واحد منها، ومعنى أن يكون غالباً: أن يكون العمل به جارياً على الأكثر فـي الحوادث وإن لم يكن في جميعها، ولا يتخلف كثيراً بل على القلة[4].

والغلبة أو الاطراد: "إنما يعتبران إذا وجد عند أهل العرف، لا في الكتب الفقهيـة لاحتمـال تغيرها"[5].

---

[1] **الشَّرط لغــة:** بالتحريك (العلامة)، والجمع أشراط، وأشراط الساعة: أعلامها، أو علاماتها، وفي التنزيل العزيز ﴿**فَقَـدْ جَـاءَ أَشْـرَاطُهَا**﴾(سورة محمد: جزء من الآية 18)، والاشـتراط: العلامـة التـي يجعلهـا النـاس بيـنهم، **والشرط: إلزام الشيء والتزامه**، والجمع شروط، وشرائط، والشريطة كالشرط، وقد شارطه، وشرط له في ضيعته شرطاً، ومنه الحديث: "**أن النبيﷺ: نهى عن بيع وشرط**". البخاري: في كتاب (البيوع)، باب (إذا اشترط شـروطاً في البيع لا تحل) (100/2ح 2168)؛ ابن منظور: لسان العرب (372/7)؛ البستاني: الوافي (312).
الشرط اصطلاحاً: عند الفقهاء، هو: "ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته". والمراد به هنا: ما هو خارج الماهية. الهيتمي: المنهاج القويم (53). فالشرط ما كان سابق للركن، مثاله: كالوضـوء شـرط لصحة إقامة الصلاة، وكالهلال شرط لصحة الصيام.
والشرط على ثلاثة أقسام: (أ) شرط منشأه الشرع: فهو شرط شرعي، مثاله: كالطهارة للصلاة. **(ب) وشرط منشأه العقل:** فهو شرط عقلي، مثاله: كالحياة للعلم. **(ج) وشرط منشأه العادة:** فهو شرط عادي، مثاله: كنـصب الـسلم لصعود السطح؛ فلا يتم عادة الصعود إلا من خلال السلم.. وما شابه. السيوطي: شرح الكوكب الساطع(361/1)؛ زهير: أصول الفقه (99/1).
[2] ابن نجيم: الأشباه والنظائر (94)؛ السيوطي: الأشباه والنظائر (92)؛ السبكي: الأشباه والنظائر (50/1).
[3] الزرقا: شرح القواعد الفقهية (233).
[4] علي حيدر: درر الحكام (45)؛ قوته: العرف (232/1).
[5] زيدان: الوجيز في أصول الفقه (256).

أمثلة ذلك:

1. جريان العرف على تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل، ويكون مطرداً بحيث جرى عرف بلد أو بلاد على هذا التقسيم وفي جميع حوادث النكاح التي قامت بذلك[1]، ولا يطعن في اعتباره أنه ترك العمل به في بعض الأحيان؛ لأنه لايزال يعتبر مطرداً وغالباً[2]. والقاعدة "العبرة للغالب الشائع لا للنادر"[3]. ولذلك قال الشاطبي: "إذا كانت العوائد معتبرة شرعاً، فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة في الجملة"[4].

2. ومن أمثلة الغلبة والاطراد: إذا ما وكل شخص آخر في بيع شيء له فقال له: بع داري- نزل ذلك على النقد الغالب في البلد- فلو باع الدار مقابل حفنة من القمح فهذا البيع غير مراد، ولا يقول به أحد من العقلاء؛ لأن غلبة العرف تقضي بخلافه قطعاً[5].

الشرط الثاني: أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف:

يشترط في العرف المراد تحكيمه في التصرفات أن يكون قائماً وقت إنشاء التصرف ومعنى ذلك: أن يكون العرف سائداً معمولاً به عند إنشاء التصرف- وبذلك يخرج: العرف السابق المتغير، وكذلك: العرف الحادث الطارئ[6].

وهذا الشرط شامل لكل من العرف القولي والعرف العملي، ففي العرف القولي: يحمل كلام العاقد في العقود على المعاني العرفية لا على المعاني اللغوية في أصل اللغة- ولكن على أن يكون العرف المراد تحكيمه موجوداً سائداً بين الناس حين صدور هذه التصرفات[7]. يقول الإمام السيوطي: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر"[8].

وكذلك العرف العملي: يجب أن يكون العرف المراد تحكيمه موجوداً عند التصرف، فلو تغير عرف الناس فيما يعتبر عيباً في المبيع، أو فيما يدخل في البيع تبعاً للمبيع، أو في تقسيم المهر في

---

[1] الزرقا: المدخل الفقهي العام (874/2).

[2] نفس المرجع السابق؛ قوته: العرف (232/1-233).

[3] المجلة: مادة 42 (6).

[4] الشاطبي: الموافقات (288/2).

[5] العز بن عبدالسلام: قواعد الأحكام (126/1)؛ الزرقا: شرح القواعد الفقهية (233)؛ التركي: أصول مذهب الإمام أحمد (528).

[6] الزرقا: المدخل الفقهي العام (876/2)؛ قوته: العرف (239/1)؛ بحوث: المؤتمر الرابع للفقه المالكي: (720)؛ شلبي: المدخل (263).

[7] الزرقا: المدخل الفقهي العام (876/2).

[8] ابن نجيم: الأشباه والنظائر (101)؛ السيوطي: الأشباه والنظائر (96).

النكاح إلى معجل ومؤجل... إلى غير ذلك- فالعرف المعتبر هنا هو القائم عند التصرف وليس المتقدم عليه أو المتأخر بعده[1].

الشرط الثالث: ألا يكون العرف مخالفاً لنصٍ شرعي:

يشترط في العرف المعتبر عند الفقهاء ألا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة، فإذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل نص شرعي؛ فلا يعمل بذلك العرف، لكونه غير معتبر[2].

يقول الإمام السرخسي: "كل عرفٍ ورد النص بخلافه فهو غير معتبر"[3].

ويقول ابن نجيم: "إنما العرف غير معتبر في المنصوص عليه"[4].

والشريعة إنما جاءت لإخضاع المكلفين لأحكامها لا أن تخضع هي لعاداتهم وأعرافهم السائدة بينهم والتي قد تكون فاسدة في كثير من الأحيان مما يؤدي إلى مخالفة نصوص الشرع الحنيف الذي فيه مصلحة العباد ونفعهم[5].

ومن أمثلة العرف المخالف للنصوص: تعامل الناس بالربا وإدارة الخمور في الفنادق وخروج النساء كاسيات عاريات، فهذه العادات باطلة وفاسدة لوجود النص المانع وعليه لا يعمل به بلا خلاف[6].

الشرط الرابع: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه:

يشترط لاعتبار العرف ألا يصدر تصريح بخلافه، وهذا الشرط أصل في عرف المعاملات بناءً على قاعدة: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" وقاعدة: "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"[7]، فمثلاً: سكوت المتعاقدين عند التعاقد دون أن يشترط أي منهما شيئاً ينطبق عليهما حينئذ العرف الموجود القائم، ويُلزمهما معاً[8].

فإن صرّح المتعاقدان بخلاف العرف فلا يعمل به[9] لأنه "لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح"[10]. يقول العز بن عبدالسلام: "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح"[11].

---

(1) الزرقا: المدخل الفقهي العام (2/878-879)؛ قوته: العرف (1/240).
(2) الزرقا: المدخل الفقهي العام (2/880-881).
(3) السرخسي: المبسوط (12/196).
(4) ابن نجيم: الأشباه والنظائر (94).
(5) بدران: أصول الفقه الإسلامي (230).
(6) زيدان: الوجيز في أصول الفقه (256).
(7) مجلة الأحكام العدلية: المادة 43- 44 (6).
(8) الزرقا: المدخل الفقهي العام (2/879)؛ بحوث المؤتمر الرابع للفقه المالكي (720).
(9) الزرقا: المدخل الفقهي العام (2/879).
(10) مجلة الأحكام العدلية: المادة 13 (5).
(11) العز بن عبدالسلام: قواعد الأحكام (2/158).

مثال ذلك: لو استأجر شخص بيتاً فإنه يتحمل مصاريف الكهرباء والماء عرفاً أما لو صُـرح بخلاف ذلك فلا يعمل بالعرف.

وكذلك لو كان شرط المستأجر على الأجير أن يمكث النهار بطوله في العمل بدون أكـلٍ ولا شرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك[1].

فالعرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنصٍ أو شرط لأحد العاقدين[2].

ومن أمثلة عدم اعتبار العرف إذا صرح بخلافه: إذا كان العرف المعمول به تعجيل نـصف المهر وتأخير النصف الآخر، لكن الزوجة اشترطت عند عقد النكاح تعجيل المهر كاملاً، فلا عبـرة للعرف في هذه الحالة[3].

الشرط الخامس: أن يكون العرف ملزماً:

يشترط لاعتبار العرف أن يكون ملزماً: "أي يتحتم العمل بمقتضاه في نظـر النـاس"[4]؛ "لأن من صفات العرف البارزة الإلزام لكونه محكماً"، أي أن العرف: "يفسر الإلزام الناشئ مـن الأدلـة التي أحالت عليه، مثل: إلزام الزوج بنفقة زوجته"؛ فقد وجبت نفقتها بالـشرع مطلقـاً دون تقييـد، واعتبرت النفقة بالعرف الجاري في ذلك[5].

---

(1) الزرقا: المدخل الفقهي العام (879/2)؛ بحوث المؤتمر الرابع للفقه المالكي (720).
(2) علي حيدر: درر الحكام (42).
(3) بدران: أصول الفقه الإسلامي (229).
(4) الطنطاوي: أصول الفقه الإسلامي (313).
(5) بحوث المؤتمر الرابع للفقه المالكي (721).

الفصل الأول

حقيقة الكفالة بالنفس وحكمها

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول: تعريف الكفالة بالنفس.**
- **المبحث الثاني: أركان وشروط الكفالة بالنفس.**
- **المبحث الثالث: حكم الكفالة بالنفس في الفقه والعرف.**

المبحث الأول

تعريف الكفالة بالنفس

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول: تعريف الكفالة بالنفس.**
- **المطلب الثاني: ألفاظ الكفالة بالنفس.**
- **المطلب الثالث: تعريف الكفالة في واقع العرف الفلسطيني.**

المطلب الأول
تعريف الكفالة بالنفس

توطئة:

بيّنّا فيما سبق معنى الكفالة من حيث اللغة؛ وأنها تأتي بمعنى الضم وأن للكفالة معاني متعددة منها/ الضمان، والحمالة، والزعامة، والصبارة، والقبالة[1]، وفي هذا المطلب سوف أعمد إلى بيان حقيقة الكفالة بالنفس من حيث تعريفها في اصطلاح الفقهاء، وذلك على النحو التالي:

أولاً- تعريف الحنفية:

بعد التنقيب والبحث في بطون كتب الحنفية لم أقف عندهم على تعريف الكفالة بالنفس على وجه الخصوص على ما اطلعت عليه في كتبهم، ولكنهم ضمنوه في سياق تعريفهم للكفالة بوجه عام؛ حيث اشتمل التعريف على أنواع الكفالة، وبيانه الآتي:

الكفالة هي: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين[2].

ومن هذا التعريف العام للكفالة يمكننا أن نستخلص تعريف الكفالة بالنفس عند الحنفية بأنه: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس المكفول".

ثانياً- تعريف المالكية:

أوضحنا قبل ذلك أن المالكية يطلقون على الكفالة لفظ الضمان[3]، وبالنظر إلى تعريفهم نجد أنهم يميزون بين نوعين من الكفالة بالنفس[4] وذلك على النحو التالي:

أ. **ضمان الطلب:** هو: "عبارة عن التفتيش على الغريم الذي عليه الدين، ثم يخبر صاحب الدين ولا يلزمه إحضاره ولا غرم عليه إلا إن قصر أو فرط"[5].

ب. **ضمان الوجه:** هو: "التزام الإتيان بالغريم عند حلول الأجل"[6].

ثالثاً: تعريف الشافعية:

يعرّف الشافعية الكفالة بالنفس بالكفالة بالبدن، وتسمى أيضاً كفالة الوجه.

وقد عرفها الشافعية بأنها:

أ. "التزام إحضار المكفول ببدنه إلى المكفول له للحاجة إليه"[7].

---

(1) انظر تعريف الكفالة لغة (ص10) من هذا البحث.
(2) انظر تعريف ابن عابدين (ص11) من هذا البحث.
(3) انظر (ص11) من هذا البحث.
(4) الباجي: المنتقى (82/80).
(5) الكشناوي: أسهل المدارك (22/3).
(6) الدردير: الشرح الصغير (450/3).
(7) الشربيني: مغني المحتاج (203/2)؛ النووي: روضة الطالبين (253/4).

ب. "إحضار بدن من يستحق حضوره في مجلس الحكم"[1].

رابعاً: تعريف الحنابلة:

عرّف الحنابلة الكفالة بالنفس بتعريفات عدة على النحو التالي:

أ. "الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحاكم بحق"[2].

ب. "التزام إحضار المكفول به، يعني: ببدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم"[3].

ج. "التزام رشيد إحضار بدن من عليه حق مالي إلى ربه"[4].

وعرّفها بعض المعاصرين على النحو التالي:

عرّفها الزرقا بأنها: "التزام الكفيل بإحضار الشخص المسئول الأصلي بالحق"[5].

وعرّفها العبيِّد: "التزام بإحضار بدن من عليه الحق"[6].

التعريف المختار:

بعد سرد التعريفات السابقة للكفالة بالنفس يتبين لنا ما يلي:

الكفالة بالنفس هي: "التزام الكفيل إحضار المكفول عنه لحق عليه أمام مجلس القضاء".

شرح التعريف:

"التزام الكفيل": وهو مطلق الالتزام، يشمل الدين والعين والبدن

"إحضار المكفول عنه": قيد في التعريف احترز به عن كفالة الدين والعين

"لحق عليه": فالحق إما أن يكون ديناً أو عقوبة، فتجوز الكفالة بالنفس إذا كانت ببدن من عليه حق لآدمي مالاً كان أو عقوبة.

"أمام مجلس القضاء": والمراد بمجلس القضاء: أي الشرعي.

سبب اختيار التعريف:

1. أن التعريف تناول حقيقة الكفالة بالنفس بوضوح.
2. التعريف يبين أن الكفالة بالنفس تصح ببدن من عليه حق لآدمي مالاً كان أو عقوبة.
3. أن الكفيل ملزم بموجب عقد الكفالة بالنفس إحضار المكفول عنه أمام مجلس القضاء.

يتبين لنا من خلال ما سبق:

أ. أن الكفالة بالنفس عقد وثيقة تتضمن التزاماً جائز التصرف بأداء حق وجب على شخص، أو التزامه بإحضاره لدى المحكمة، فالكفالة بالنفس تلزم الكفيل بإحضار المكفول عنه في الوقت المعين عند طلب المكفول له.

ب. أن الكفالة بالنفس ليس لها من نتيجة مالية غالباً؛ وإنما نتيجتها إجبار الكفيل بقوة القضاء على إحضار المسئول الأصلي[7].

---

[1] البكري: إعانة الطالبين (78/3)؛ وانظر الأنصاري: فتح الوهاب (217/1).

[2] ابن قدامة: الكافي (169/2).

[3] المرداوي: الإنصاف (209/5).

[4] ابن النجار: منتهى الإرادات (414/1)؛ وانظر مرعي الحنبلي: دليل الطالب (142)؛ بن ضويان: منار السبيل (93/2).

[5] الزرقا: المدخل الفقهي العام (542/1).

[6] العبيِّد: أصول المنهج الإسلامي (346).

[7] الزرقا: المدخل الفقهي العام (543/1).

المطلب الثاني
ألفاظ الكفالة بالنفس

الألفاظ التي تثبت بها الكفالة بالنفس فهي كل لفظ يفيد التعهد والالتزام وكل ما يعبر بـه عـن النفس وهي على نوعين:

النوع الأول: وهو النوع الذي يعبر به حقيقة: وذلك كقول القائل: تكفلت بنفس فلان، أو بجسده، أو ببدنه.

النوع الثاني: وهو ما يعبر عنه عرفاً: كقولك: تكفلت بوجـه[1] فـلان، أو برأسـه، أو برقبته، فإن كلاً من هذه الألفاظ مخصوص بعضو خاص، فلا يشمل الكل حقيقة، لكنه يشمله بطريق العرف[2].

وتصح الكفالة بكل لفظٍ من ألفاظها نحو: أنا كفيل بفلان، أو أتكفل به، أو أنا بـه زعـيم، أو حميل، أو ضمين، أو قبيل، أو صبير، أو غريم، أو أذين فهذه الألفاظ جميعها بمعنى واحـد، وهـي مما تنعقد بها الكفالة، ويصبح الكفيل بموجب ذلك ملتزماً بما تكفل به.

ولو قال: أنا كفيل بفلان، وأطلق الكفالة دون تقييد كان ذلك كفالة بالنفس والبدن، وذلك عمـلاً بالعرف السائد بين الناس، أما إن قيد ذلك بكفالة المال أو وجدت قرينة تدل على أنها كفالة بالمـال انصرفت إليها[3]، جاء في الإنصاف للمرداوي: "قياس المذهب يصح الضمان بكل لفـظٍ فهـم منـه الضمان عرفاً"[4]، مثل قول القائل: زوِّجه وأنا أؤدي الصداق، أو بعه وأنا أعطيك الثمن، أو اتركـه ولا تطالبه وأنا أعطيك ما عليه؛ وذلك لأن الشارع لم يحد ذلك بحدٍ معين فيُرجع في ذلـك لعـرف الناس[5].

---

[1] المراد بالوجه وغيره مما ذكر: يستعمل بمعنى الذات، وهو مجاز مرسل من إطلاق اسم البعض وإرادة الكل. ابن عابدين: رد المحتار (286/5)؛ الدردير: الشرح الصغير (450/3)؛ البهوتي: كشاف القناع (364/3).

[2] ابـن الهمـام: فـتح القـدير (166/7-167)؛ القـدوري: الكتـاب (152/1)؛ العينـي: البنايـة (421/8)؛ الدردير: الشرح الصغير (450/3- ومـا بعـدها)؛ الـصاوي: بلغـة الـسالك (163/2)؛ الـشربيني: مغنـي المحتاج (206/2-207)؛ المليباري: فتح المعين (79/3)؛ المرداوي: الإنصاف (190/5)؛ بن ضويان: منار السبيل (93/2).

[3] الكاساني: بدائع الصنائع (3/6-4)؛ السمرقندي: تحفة الفقهاء (237/3-238)؛ عليش: شـرح مـنح الجليـل (245/6-246)؛ التسولي: البهجة (332/1)؛ المليباري: فتح المعين (79/3)؛ الكهوجي: زاد المحتاج؛ العثيميين: الشرح الممتع (154/5)؛ البهوتي: دقائق أولى النهى (246/2).

[4] المرداوي: الإنصاف (190/5).

[5] ابن قاسم: حاشية الروض المربع (98/5)؛ المرداوي: الإنصاف (190/5).

وكذلك من الألفاظ التي تنعقد بها الكفالة كل ما يؤدي إلى معنى الالتزام: كقولك: هو لك عندي، أو قبلي، أو أنا أتحمل دينك، أو ضمنت دينك، أو طلبك عندي، أو عليَّ مالك أو إليَّ، فهي في معنى عليَّ فقد قالﷺ: **"من ترك مالاً فلورثته ومن ترك كلاً فإلينا"**[1].

هذا بخلاف ما لو قال: أنا أؤدي ما عليه، أو أحضر ما عليه؛ لم يكن ذلك كفالة؛ لأنه وعد وليس التزام[2].

ولا تجوز الكفالة بالمعرفة، كقولك: أنا ضامن بمعرفته؛ لأنه التزام المعرفة دون المطالبة[3].

ولو قال الكفيل: أنا كفيلٌ بنصفه، أو ثلثه، أو ربعه، أو رأسه، أو بأي جزء مشاعٍ منه أو بجزء لا تبقى حياة الشخص بدونه كالكبد، والقلب، والظهر، والروح، والدماغ؛ تصح الكفالة وتنعقد صحيحة فهو من قبيل قوله: تكفلت ببدنه وجسده؛ وذلك لأن النفس البشرية لا تتجزأ لاسيما في عقد الكفالة على وجه الخصوص، فكان ذكر بعضها من قبيل ذكر الكل، ولأن الكفيل لا يمكنه إحضار المكفول عنه وتسليمه إلا بإحضاره كله[4].

أما إذا قال أنا كفيل بيده أو رجله، أو بجزء معين، بحيث تبقى الحياة بعد زوال ذلك العضو؛ فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب جمهور الفقهاء: أن الكفالة بالنفس على هذه الصفة لا تصح وذلك لوجهين[5]:

الوجه الأول: أنه قد يقطع منه العضو فيبرأ مع بقاء الشخص حياً.

الوجه الثاني: عدم جريان العرف بالتعبير به عن الكفالة بالنفس.

المذهب الثاني:

ذهب القاضي أبوالطيب والشيخ أبوحامد من الشافعية وأبوالخطاب من الحنابلة أن الكفالة تصح؛ وذلك لأنه لا يمكن للكفيل إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله فأشبه ذلك قول الكفيل: تكفلت بوجهه ورأسه[6].

---

[1] البخاري: في كتاب (الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس) باب (الصلاة على من ترك ديناً) (159/2ح2398).

[2] القدوري: الكتاب (153/1)؛ الدردير: الرح الصغير (453/3)؛ الغزالي: الوجيز (150)؛ البهوتي: كشاف القناع (351/3).

[3] ابن عابدين: حاشية رد المحتار (288/5)؛ البهوتي: كشاف القناع (363/3)؛ الزحيلي: جامع الأسئلة الفقهية (365).

[4] العيني: البناية (421/8)؛ الرملي: نهاية المحتاج (445/4-446)؛ ابن قدامة: الكافي (170/2).

[5] الميداني: اللباب (152/1-153)؛ ابن عابدين: رد المحتار (286/5)؛ الخرشي: علي خليل (34/5)؛ القفال: حلية العلماء (74/5)؛ العمراني: البيان (350/6)؛ ابن قدامة: الكافي (170/2)؛ المرداوي: الإنصاف(211/5).

[6] العمراني: البيان (350/6)؛ القفال: حلية العلماء (74/5)؛ المرداوي: الإنصاف (211/5)؛ ابن قدامة: الكافي (170/2).

بعد بيان كلٍّ من أقوال الفقهاء يترجح لديّ ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهو قول جمهور الفقهاء بعدم صحة الكفالة بالنفس إذا كانت بجزءٍ معين كيده، ورجله، وذلك للأسباب التالية:

1. لما تقدم من عدم اعتبار العرف لذلك.

2. أن التعبير بالوجه والرأس في الكفالة، كقول القائل: "أنا كفيل بوجه فلان أو رأسه"؛ له دلالته المعنوية، إذ أن الوجه أو الرأس يحمل أكثر حواس الإنسان ويعبر عن هويته وشخصيته، أما اليد والقدم؛ فالكفالة بمثل هذه الأعضاء لا تعبر عن شيء.

3. أن الكفيل إذا تكفل باليد أو القدم يكون بذلك مستهزئاً بالقضاء والقائمين عليه.

المطلب الثالث

تعريف الكفالة في واقع العرف الفلسطيني

تمهيد:

مما لاشك فيه أن العرف يؤدي دوراً مهماً في حياة المجتمعات، بل ويعتبر ذو أهمية بالغة في حياة الناس؛ لأنه تعبير عما يرتضونه، وصورة عن عاداتهم، واصطلاحاتهم في مسلكهم فهو يعبر عملياً عن مصلحة المجتمع وتلبية رغبته، ولذلك كان العرف أكثر عرضة وقابلية للتطور ومواكبة التغيرات.

فالعرف العشائري: هو عبارة عن مجموعة العادات والتقاليد التي سادت بين الناس وأصبحت بمثابة القانون الملزم من حيث الأهمية والاحترام، فهو من صنع الجماعة يحكي أوضاعهم، وينقل أخبارهم ويحفظ أمجادهم عبر العصور[1].

والذي يقوم بوضع الأحكام العرفية في المجتمع، هم كبار القوم وعقلاؤهم الذين يحظون بمكانة سامية بين أفراد المجتمع، مما يكسبه طابع الإلزام، وغالباً ما تكون هذه المكانة متوارثة كابراً عن كابر، فهو يورث من الكبار إلى الصغار، وينمو مع الزمن بحيث يصبح مستقراً في وجدان الجماعة، فهي تحفظ من قبل شيوخ العشائر، وبذلك يصبح لتلك الأعراف مدلولاتها في حياة المجتمع، وارتباطها ارتباطاً وثيقاً في واقع الأفراد.

وقبل الحديث عن الكفالة في العرف الفلسطيني لابد وأن أبين نشأة العرف والعادة في فلسطين؛ حيث إن العرف السائد في قطاع غزة جزء لاينفك عن الوطن الفلسطيني ككل.

نشأة العرف والعادة في فلسطين:

إن الأعراف والعادات والتقاليد السائدة لدى العشائر الفلسطينية هي بقايا ورواسب لعصر ما قبل الإسلام، وهي نموذج لعادات وتقاليد أبناء البادية من الوطن العربي مع بعض الاختلاف أحياناً في المسميات، وهي وليدة الحاجات والظروف الخاصة بالمجتمع القبلي.

فالعرف السائد إلى يومنا هذا في كلٍ من شمال سيناء، والأردن امتداداً إلى العراق وسوريا مروراً بفلسطين مع تعدد طرقها وقوانينها وتباينها من حيث أشكالها وفروعها إلا أنها ترجع إلى أصول متقاربة كل التقارب فهذه الأعراف والعادات والقوانين السائدة بين الأعراب قديماً وحديثاً تعتبر أصلاً منشأة أعراب بئر السبع، أو أن أعراب بئر السبع فرع عن ذلك.

---

[1] ثابت: القضاء العشائري (16)؛ لقاء مع القاضي العرفي أبوسلمان المغني، يوم السبت الموافق 2008/5/2م، الساعة (10:27).

لقد أُسِّس في مدينة بئر السبع في فلسطين مجلسان من شيوخ العشائر، وذلـك عـام 1890م عندما قام رستم باشا القائد التركي ببسط سيطرة الدولة التركية بعد غياب طويـل علـى العـشائر الفلسطينية وذلك من خلال حملة قوية استخدم فيها العنف والإرهاب، والسجن والنفي لرجال القبائل الذين قاموا ببسط سلطة الدولة العثمانية على مناطقهم ولقد نجحت بعد ذلك الحكومة البريطانية أيـام الانتداب على فلسطين في بسط سيطرتها على البادية الفلسطينية من خـلال الترغيـب والترهيـب، وأسست الحكومة البريطانية بذلك محكمة العشائر في بئر السبع ويسمى قضاتها بلحاسة الختـوم[1]. يتضح لنا من ذلك أن العرف الفلسطيني في قطاع غزة وما ينشأ عنه من قواعد وقوانين لدى شئون العشائر، ورجالات الإصلاح ليست وليدة اللحظة، أو من وضع رجل واحد فمنشؤه الوطن العربـي ككل وهو كما بينا وليد الماضي بأكمله، وخلاصة سلسلة من التجارب وتوارثها الأبناء عن الآبـاء، وتم صيانتها، والحفاظ عليها جيلاً بعد جيل إلى أن وصلت إلى يومنا هذا، ولكن اختلفت كثيـر مـن القضايا وإنزال الأحكام عليها نتيجة التطور والتمدين فالقضايا كما هو معـروف تتجـدد وتتكيـف أحكامها حسب الزمان والمكان[2].

تعريف الكفالة في العرف الفلسطيني:

بعد الذهاب إلى أهل العرف عندنا في غزة الحبيبة لاسيما من يقوم بمزاولـة مهنـة القـضاء العشائري وبعد تلقي الكفالة من أفواههم وجدت أنهم يعرفون أن الكفالـة والكفـل: يعنـي الالتـزام بالوفاء والأداء، ورفع الأذى وحماية المكفول.

والكفل: هو الالتزام على تحصيل الحقوق المادية والمعنوية التي كفلها الكفيل، والتي أقـرّت بالتقاضي من قبل راعي بيت أو أُقرت بالتراضي بين شخصين في وجه الكفلاء[3].

هذا وقد بين لنا قضاة العرف والعادة أن الكفل **ينقسم إلى عدة أقـسام علـى النحـو التالي:**

1. كفيل وفاء:

وهي الكفالة التي يقوم فيها الجاني بالوفاء بما يترتب عليه من التزامات تجاه المجني عليـه، وذلك عن طريق طرف ثالث وهو الكفيل.

---

[1] المراد بلحاسة الختوم: هم القضاة العشائريين وكان عددهم قليل وذلك في عهد الانتداب البريطاني، صنع لهـم ختوم خاصة بهم يقومون بلحسها بألسنتهم عند التوقيع على صك أو سند تحكيم وما شابه وهذه صفة ذم لهـم؛ لأن أهل العرف والعادة (المخاتير) لا يتعاطون أجرة على قضائهم في المنازعات، أما هؤلاء لحاسة الختوم فخصص لهم مبلغ من المال مقابل حكمهم في القضايا المعروضة عليهم.

[2] عارف العارف (قائمقام بئر السبع): القضاء بين البدو (51-52-53)؛ ثابت: القضاء العشائري عند قبائل بئـر السبع فلسطين (14-15).

[3] لقاء مع القاضي العرفي أبومروان الخالدي، يوم الثلاثاء الموافق 2008/5/5م.

وعرف بعضهم **كفيل الوفاء:** بأنه الذي يلتزم دفع كل الحقوق والواجبات المادية والمعنوية للمجني عليه بموجب الحكم الصادر من القاضي[1].

وأوجز بعضهم فقال: كفيل الوفاء: هو الكفيل الذي يقوم بالتزام الحق للمعتدى عليه من قبل القاضي.

والذي يعيّن كفيل الوفاء هو الجاني المعتدي ولكن يشترط قبول المعتدى عليه؛ لأن المعتدى عليه قد يرفض الكفيل وسبب رفضه يرجع إما لجهل المعتدى عليه بالكفيل أو لعلمه أن الكفيل لا يستطيع إيفاءه حقه[2].

2. كفيل دفا:

وهو الذي يكفل المعتدى عليه بألا يقوم بأي اعتداء أو انتهاك أو ضرر على الجاني سواء أكان ذلك أثناء فترة التقاضي أو بعد حل المشكلة ومصالحتيهما أي من أي اعتداء في المستقبل.

ومهمة كفيل الدفا: أن يكون الجاني محمياً وأهله وعشيرته بأن يتحركوا بحرية ويكونوا مدفيين في وجه الكفلاء، ومعنى مدفيين: أي ينام الجاني وأهله ليلهم الطويل وفراشهم دافئ: وهذا دلالة على الأمن والأمان والطمأنينة والاستقرار.

والذي يعين كفيل الدفا غالباً هو المعتدى عليه ولكن يشترط في ذلك رضى الطرف الآخر[3].

3. كفيل جمع وإحضار:

سمِّي بذلك؛ لأنه يقوم بجمع طرفي الخلاف بشخوصهم عند القاضي العرفي.

وكفيل الجمع والإحضار: هو الذي يتكفل ويلتزم أن يحضر مكفوله الذي كفله عند القاضي في الموعد المحدد[4].

وينتهي دور هذا الكفيل عند جلوس طرفي النزاع أمام القاضي العرفي ويقال للكفيل حينئذ: وصلت ما قصرت: أي أنك التزمت بما تعهدت به، ويسمى كفيل الجمع والإحضار في الفقه بكفيل النفس أو البدن.

وقد يشترط على كفيل الجمع بأنه في حال إذا لم يحضر المكفول عنه للقضاء في الموعد المحدد يلتزم الكفيل بأن يجلس مكان مكفوله كخصم للطرف الآخر، ولذلك لا ينتهي أحياناً دوره بمجرد إحضار مكفوله للقاضي، بل يمتد إلى حين تعيين كفيل وفاء من قبل من كفله[5].

---

[1] ثابت: القضاء العشائري (45)؛ عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (14).

[2] ثابت: القضاء العشائري (45)؛ عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (14)؛ ولقاء مع القاضي العرفي أبوسلمان المغني، يوم السبت الموافق 2008/5/2م.

[3] لقاء مع القاضي العرفي أبوسلمان المغني، يوم السبت الموافق 2008/5/2م، وأبوناصر دلول- مختار محلة الزيتون، 2008/4م، وانظر كتاب قضاء العرف والعادة (14).

[4] ثابت: القضاء العشائري (44)؛ عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (13).

[5] ثابت: القضاء العشائري (44)؛ عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (13).

4. كفيل كفلاء: ويسمّى راحة الكفيل

وهذا الكفيل يكون غالباً في القضايا الكبرى الصعبة، وذلك عندما يُشكك بأن الكفيل ليس عنده القدرة على تنفيذ كفله، فيطلب منه راحة كفله أو يتدخل أهل الخير (الجاهة) لإدخال الطمأنينة في قلب الكفيل، فيطلبوا من صاحب الغرم (المتضرر) بتعيين راحة للكفيل، فيقول المتضرر: فلان كفيل وفاء أي أنه كفيل ملتزم بأداء الحق، وفلان راحته أي عند عدم القدرة يقوم مقامه.

وكفيل الكفلاء: قد يكون من أحد طرفي الخصومة ولكن يرتضيه الجميع لأنه إحدى الشخصيات الاعتبارية، من أصحاب الجاه والقوة والنفوذ، ويكون دوره مظلة في الالتزام بالتنفيذ، يلجأ إليه أحد المتخاصمين إذا قصر كفيله الأصلي في تحصيل حقوقه من غريمه أو حمايته من المتضرر (المعتدى عليه)[1].

5. كفيل النَّحي أو النحاية:

وهو كفيل يوضع على الطرف الذي يدعي بأنه صاحب حق ويريد أن يقاضي خصمه في ذلك، فإذا ثبت عند القاضي أن له حقاً ويستحقه يأخذ حقه، وإذا لم يكن له حق؛ فكفيل النّحي يكفل بأنه لا يطالب مرة أخرى وينحيه عن هذا الحق[2].

6. كفيل نشر أو عمار:

عند نشوب شجار بين طرفين يقوم أحد الناس بوضع وجه نشر أو عمار على طرفي النزاع، وهذا الوجه بمثابة كفل لكي لا يتم اعتداء من أحد الطرفين على الآخر، فتهدأ نفوسهم ويجلسون للتقاضي، ومدة هذا الكفل ثلاثة أيام قابل للتجديد[3].

خلاصة القول في أقسام الكفل:

بعد بيان أقسام الكفل في العرف الفلسطيني، نجد أنها لا تخالف الشرع من حيث المبدأ ولكن ثمة أمور ينبغي مراعاتها في كل نوع منها حتى يتم استيفاء الحقوق وفض المنازعات بين الناس، وتسود في المجتمع حالة من الأمن والطمأنينة والاستقرار.

ففي **كفيل الوفاء:** ينبغي أن يلتزم الكفيل بالحق الصادر من قبل القضاء مع عدم التقصير أو التفريط عن القيام بذلك الحق الواجب.

---

(1) غيث: قضاء العشائر (61)؛ ثابت: القضاء العشائري (45-46)؛ عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (14)؛ لقاء مع القاضي العرفي أبوسلمان المغني، يوم السبت الموافق 2008/5/2م.

(2) ثابت: القضاء العشائري (45)؛ لقاء مع القاضي العرفي أبوسلمان المغني، يوم السبت الموافق 2008/5/2م.

(3) هذه الملاحظة عن لسان أبومروان الخالدي- أمين سر لجنة الإصلاح المركزية والقضايا العشائرية في قطاع غزة سابقاً، في مقابلة تمت معه وذلك يوم الثلاثاء الموافق 2008/5/5م.

وفي **كفيل الدفا:** ينبغي على الكفيل أن يكون حازماً في كفله من أي اعتداء أو انتهاك يــضر بالجاني وأهله سواء في فترة التقاضي أو بعد انتهاء المشكلة أو أي شكل من أشكال الاعتــداء فـــي المستقبل.

وفي **كفيل الجمع والإحضار:** أن يلتزم الكفيل بإحضار مكفوله وأن يجلسه أمام القاضي فـــي الموعد المحدد دون مماطلة أو تقصير.

وفي **كفيل الكفلاء:** بأن يقوم كفيل الكفلاء بإجبار الكفيل على تنفيذ ما التزمه مـــن أداء الحـــق الواجب الذي ثبت لأحد المتخاصمين، وأن يستخدم كفيل الكفلاء نفوذه في ذلك؛ حتـــى لا يتباطـــأ أو يقصر الكفيل من تأدية ذلك الحق.

وفي **كفالة النحي:** في حال عدم ثبوت حق للمدعي على المدعى عليه، فكفيل النحي عليـــه أن ينحي المدعي عن هذا الحق نهائياً بحيث لا يحق له أن يقاضي المدعى عليه مرة أخرى إلا إذا أتـــى المدعي ببينة غائبة لم يتمكن من إحضارها حال القضاء.

وفي **كفيل النشر والعمار:** أن يكون وجه النشر والعمار حازماً وحاسماً بفضل الخصومة بين المتنازعين بحيث يمنع من اعتداء بعضهم على الآخر.

الكفالة بالنفس بين العرف والشريعة:

بعد بيان أنواع الكفالة في العرف الفلسطيني، يتبين لي أنه من خلال مـــا ســـبق أن **الكفالـــة بالنفس تنحصر في كفيل الجمع والإحضار:** وهو الكفيل الذي يلتزم أن يحضر مكفوله الذي كفلـــه، وقد يكون طرفا الخصومة عند القاضي في الموعد المحدد، وينتهي دور هذا الكفيـــل عنـــد جلـــوس مكفوله أمام القاضي.

أما الكفالة بالنفس في الشرع فهي: التزام الكفيل إحضار المكفول عنه لِحقٍّ عليه أمام مجلس القضاء. فالكفالة في الشرع تُلزم الكفيل بقوة القضاء إحضار المكفول عنه في الوقت المحـــدد عنـــد الطلب.

فالكفالة بالنفس في الشريعة الإسلامية لها ما يقابلها في العرف الفلسطيني وهي كفالة الجمـــع والإحضار.

وبذلك أجد أن هناك تطابقاً بين العرف والشرع في معنى الكفالة- وإن اختلفـــت بعـــض العبـــارات أحياناً- بل إن العرف في هذا الصدد أراه منبثقاً من روح التشريع، فالكفالة بالنفس وســـيلة حـــسنة يباركها الشرع الحنيف لاستيفاء الحقوق من المكفول عنه وذلك بإحضاره ببدنه أمام القضاء، ولـــيس للكفالة بالنفس من نتيجة مالية لا شرعاً ولا عرفاً غالباً كما هو واضح.

المبحث الثاني

أركان وشروط الكفالة بالنفس

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول: أركان الكفالة بالنفس.**

- **المطلب الثاني: شروط الكفالة بالنفس.**

- **المطلب الثالث: تطبيقات شروط الكفيل بالنفس في العرف الفلسطيني.**

المطلب الأول
أركان الكفالة بالنفس

اختلف العلماء في أركان الكفالة بالنفس على مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب الحنفية إلى أن ركن الكفالة بالنفس هو الصيغة فقط، وهو الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له؛ لأنه هو الذي تتحقق به ماهية العقد[1].

المذهب الثاني:

ذهب جمهور الفقهاء؛ أبيوسف من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[2] إلى أن أركان الكفالة بالمال خمسة[3]، وأركان الكفالة بالنفس أربعة؛ حيث إن المكفول عنه والمكفول به في الكفالة بالنفس واحد. وهي كما يلي:

1. الكفيل:

وهو كل من يجوز تصرفه في ماله راضياً بالكفالة، بحيث يضم ذمته إلى ذمة المكفول عنه ليصبح ملتزماً بأداء ما تكفل به.

2. المكفول له:

وهو صاحب الدين الطالب لحقه الذي ثبت على المكفول عنه ولو كان الحق مجهولاً حتى يتهيأ للكفيل أن يكفل له هذا الحق.

3. المكفول عنه:

ويعبرون عنه أحياناً بالمكفول به، ورغم أن المكفول عنه يختلف في معناه عن المكفول به، **فالمكفول عنه** هو: الشخص المطالب بالحق من قبل المكفول له، ويعبر عنه بالأصيل الذي تعهد الكفيل إحضاره.

والمكفول به هو: كل حق تصح النيابة فيه، وهو الدين أو العين المضمونة وذلك في الأموال.

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار (283/5)؛ ابن نجيم: البحر الرائق (223/6)؛ العيني: البناية (420/8).

[2] ابن نجيم: البحر الرائق (223/6)؛ العيني: البناية (420/8)؛ المواق: التاج والإكليل (96/5)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (100/4)؛ النووي: روضة الطالبين (240/4)؛ الماوردي: الحاوي الكبير (109/8)؛ الأنصاري: تحفة الطلاب (163)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (70/5-71)؛ ابن مفلح: المبدع (249/4).

[3] وهي: الكفيل، المكفول له، المكفول عنه، المكفول به، الصيغة.

إلا أنهم يعبرون بكل واحد منهما بدلاً عن الآخر في الكفالة بالنفس، وذلك أن الكفالة بـــالنفس إنما تتعلق بإحضار الشخص، وإذا أحضر الشخص الذي عليه المال أمكن تحـــصيل المكفـــول بـــه، فصح التعبير به عنه، ولكنني سأعتمد في بحثي هذا لفظ (المكفول عنه)، أما المـــال فـــسأعبر عنـــه بالمكفول به.

4. الصيغة:

وهي كل ما يفيد التعهد والالتزام بإحضار المكفول عنه، وهذا ما سنبينه عنـــد حـــديثنا عـــن شروط الصيغة فيما سيأتي[1]– إنشاءالله تعالى–.

سبب الخلاف:

يرى الحنفية أن ركن الكفالة بالنفس هو الصيغة فقط، وذلك لأن الكفالـــة عقـــد فيـــه معنـــى التمليك؛ فيشترط الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له في مجلس العقد كسائر التمليكات[2].

ويرى الجمهور أنه لا معنى للتمليك هنا؛ فالكفالة التزام حق للمكفول له من غير عوض يـــتم بتبرع الكفيل وبإيجابه دون رضا المكفول له؛ فأشبه النذر[3].

والذي أراه أن الخلاف بين الحنفية والجمهور هو خلاف شكلي؛ حيث إن الأركان متحققة عند كل منهما.

---

[1] انظر (ص64) من هذا البحث.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع (3/6).

[3] الكاساني: بدائع الصنائع (3/6)؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (334/3)؛ الـــشربيني: مغنـــي المحتاج (200/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (102/5).

المطلب الثاني
شروط الكفالة بالنفس

للكفالة بالنفس شروط: منها ما يتعلق بالكفيل، ومنها ما يتعلق بالمكفول له، ومنها ما يتعلق بالمكفول عنه، ومنها ما يتعلق بالصيغة، وهي كما يلي:

أولاً- شروط الكفيل:

أ. أن يكون جائز التصرف، صحيح التبرع:

فلا تصح كفالة المجنون؛ لأنه لا يصح منه تصرف ولا تبرع، وكذلك لا تصح كفالة الصبي؛ لأنه لا يحسن التصرف لقوله تعالى: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾[1]، فالآية الكريمة اشترطت شرطين:

1. أن يكون الصغير قد وصل سِّن البلوغ.
2. أن يكون رشيداً. والرشد أن يحسن التصرف في كل موضع بحسبه، فمثلاً في المال: إصلاح المال، وفي الدين: استقامة الدين، وهو ما يعبر عنه بصلاح المال والدين.

والكفالة عقد تبرع بالالتزام، سواء أكان التزاماً بإحضار نفس، أم التزاماً بأداء مال، وكل من هؤلاء لا عبارة لهم أصلاً: أي لا يعتد بأقوالهم ولا يترتب عليه أثر؛ لأنهم ليسوا أهلاً للتبرع، إذ لا سلطان لهم على أنفسهم ولا على مالهم[2].

وأما كفالة المرأة:

فلا فرق بين الرجل والمرأة في الكفالة؛ فكفالتها صحيحة متزوجة كانت أو غيرها ولا حاجة إلى إذن الزوج كسائر تصرفاتها[3].[4].

---

[1] سورة النساء: جزء من الآية (6).

[2] الكاساني: بدائع الصنائع (8/6)؛ ابن نجيم: البحر الرائق (223/6)؛ السمرقندي: تحفة الفقهاء (238/3)؛ الدردير: الشرح الصغير (429/3)؛ المواق: التاج والإكليل (96/5)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (100/4)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (330/3)؛ النووي: روضة الطالبين (241/4)؛ الشيرازي: المهذب (311/3)؛ الهيتمي: تحفة المحتاج (295/2)؛ الأنصاري: أسنى المطالب (585/4)؛ المرداوي: الإنصاف (192/5-193)؛ البهوتي: دقائق أولي النهى (245/2)؛ بن قاسم: حاشية الروض المربع (99/5)؛ البغدادي: قواعد الأصول (121)؛ العثيمين: الشرح الممتع (145/5-146).

[3] ابن فرحون: تبصرة الحكام (221)؛ ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة (654/2)؛ النووي: روضة الطالبين (242/4)؛ الشربيني: مغني المحتاج (200/2).

[4] وذهب المالكية إذا كانت المرأة متزوجة فلا تصح كفالتها إلا في ثلث مالها فما دون، فلو كفلت بأكثر من الثلث فإن ذلك يتوقف على إذن الزوج. الغرياني: مدونة الفقه المالكي (100/4).

ب. أن يكون مختاراً مريداً:

فلا تصح الكفالة إلا برضى الكفيل؛ لأنه لا يلزمه الحق ابتداءً إلا برضاه، وعليه فإن أُكره الكفيل فالكفالة باطلة[1].

ج. أن يعرف الكفيل المكفول له وهو صاحب الحق، لتفاوت الناس في مطالبة حقوقهم تشديداً وتسهيلاً[2].

وهذا الشرط مختلف فيه بين العلماء على مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب الحنفية والشافعية في الأصح عندهم أن يكون المكفول له معلوماً للكفيل والمراد معرفته بعينه وشخصه، فلا يكفي معرفة الاسم والنسب، ولا يكفي كذلك المعاملة، فلو تكفل الكفيل لأحد من الناس وكان مجهولاً لا تجوز كفالته؛ لأن المكفول له إذا كان مجهولاً لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق؛ لأن الناس يتفاوتون في مطالبة حقوقهم تسهيلاً وتشديداً[3].

المذهب الثاني:

ذهب المالكية والشافعية في مقابل الأصح والحنابلة إلى جواز الكفالة مع جهالة المكفول له كأن يقول الكفيل: أنا ضامن للدين أو الحق الذي على زيد للناس، وهو لا يعرف صاحب الحق. لحديث أبي قتادة المتقدم (وفيه أن أبا قتادة قال: "**أنا أتكفل بالدين الذي عليه.** أي الذي على الميت")[4].

فإن أبا قتادة تكفل بالدين لصاحبه وهو لا يعرفه، وكذلك فإن النبيﷺ لم يسأله هل يعرفه أو لا فكان على عمومه[5].

والذي أرى ترجيحه ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني القائلين بجواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وعدم معرفته، والذي يعضد قولهم حديث أبي قتادة المتقدم وفيه أن أبا قتادة تكفل بالدين لصاحبه وهو لا يعرفه ولم يسأله النبيﷺ: هل يعرف صاحب الدين أم لا؟.

---

[1] علي حيدر: درر الحكام (615)؛ الدردير: الشرح الصغير (432/3)؛ الجمل: حاشية الجمل (37/3)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (78/5)؛ البغدادي: قواعد الأصول (121).

[2] الهيتمي: تحفة المحتاج (296/2).

[3] السرخسي: المبسوط (9/20)؛ الكاساني: بدائع الصنائع (9/6)؛ الشربيني: مغني المحتاج (200/2)؛ النووي: روضة الطالبين (240/4).

[4] سبق تخريجه، انظر (ص18) من هذا البحث.

[5] القرافي: الذخيرة (200/9)؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي (334/3)؛ الشربيني: مغني المحتاج (200/2)؛ البهوتي: دقائق أولي النهى (248/2)؛ بن مفلح: المبدع (252/4).

ثانياً- شروط المكفول له:

أ. أن يكون معلوماً:

وهذا شرط مختلف فيه عند العلماء وقد سبق بيانه عند حديثنا عن شروط الكفيل.

ب. أن يكون المكفول له بالغاً عاقلاً:

وإلى هذا ذهب أبوحنيفة ومحمد وهو كون المكفول له بالغاً عاقلاً؛ لأن عقد الكفالة عندهم عبارة عن الصيغة وهي الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له وعليه فلا يصح قبول الصبي والمجنون؛ لأنهما ليسا من أهل القبول[1].

وهذا بخلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ أبويوسف من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وهو عدم اشتراط كون المكفول له أن يكون بالغاً عاقلاً؛ لأن الكفالة عقد تبرع من جهة الكفيل فتنعقد بإيجابه فقط؛ لأن إيجابه بمثابة كل العقد دون قبول المكفول له[2].

والذي أرى ترجيحه ما ذهب إليه جمهور العلماء القائلين بعدم اشتراط كون المكفول له بالغاً عاقلاً؛ لما ذكروه من أن الكفالة عقد تبرع من جهة الكفيل تنعقد بإيجابه فقط، لأن إيجابه بمثابة كل العقد دون رضا وقبول المكفول له، ولو قلنا باشتراط كون المكفول له بالغاً عاقلاً لضاعت بعض الحقوق بسبب عدم عقد الكفالة في مثل هذا الموقف، والكفالة شرعت لحفظ الحقوق من الضياع.

ج. أن يكون المكفول له حاضراً في مجلس العقد:

سواء حضر المكفول له بنفسه أو حضر عنه نائبه وهذا شرط الانعقاد عند الحنفية دون سواهم، وعليه فلو تكفل شخص للمكفول له وهو غائب عن المجلس فبلغه الخبر، فأجاز المكفول له ذلك، لا تجوز الكفالة، لأن الكفالة عقد يملك المكفول له الحق في مطالبة الكفيل، فلابد من توافر الإيجاب والقبول من كليهما لإتمام صيغة العقد[3].

د. قبول المكفول له لكفالة الكفيل:

وهذا الشرط مختلف فيه بين العلماء على مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب الحنفية أنه لا تتم الكفالة إلا برضا وقبول المكفول له وأن يتم في مجلس العقد؛ وذلك أن في الكفالة معنى التمليك والتمليك لا يحصل ويتحقق إلا بالإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له كسائر العقود[4].

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع (10/6).

(2) الدسوقي: حاشية الدسوقي (334/3)؛ النووي: روضة الطالبين (240/4)؛ البهوتي: كشاف القناع(365/3).

(3) ابن الهمام: فتح القدير (201/7)؛ الكاساني: بدائع الصنائع (9/6)؛ بن قطلوبغا: التصحيح والترجيح (280)؛ الزيلعي: نصب الراية (122/4).

(4) ابن عابدين: رد المحتار (283/5)؛ المرغيناني: الهداية (93/3).

المذهب الثاني:

وذهب جمهور الفقهاء؛ أبويوسف من الحنفية والمالكية والأصح عند الشافعية والحنابلة أن الكفالة لا تفتقر إلى رضا المكفول له؛ لأنها وثيقة له يقوى فيها من جهته حق المطالبة ولا ضرر عليه في ذلك فصحت من غير رضاه كالشهادة، وكذلك فهي بمثابة التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر، والكفيل زيادة في التوثيق، وفي حديث أبي قتادة أنه تكفل دون قبول ورضا المكفول له، وفيه إشارة واضحة إلى عدم قبول المكفول له[1].

بعد بيان آراء العلماء أرى أن المذهب الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الكفالة لا تفتقر إلى رضا وقبول المكفول له وذلك؛ لأن الكفالة معناها ضم ذمة الكفيل والتزامه مع المكفول عنه في وجوب أداء الحق، وعليه فإيجاب الكفيل وحده صالحاً لإتمام العقد، ولا يلحق المكفول له بذلك ضرر بل هو المنتفع والمستفيد من ذلك بزيادة توثيق حقه[2].

ثالثاً- شروط المكفول عنه:

ويعبر عنه بالمكفول به كما سبق بيانه[3].

والمكفول عنه إما أن يكون مالاً أو نفساً، فإذا كان مالاً فيشترط فيه أن يكون ثابتاً في الذمة وأن يكون لازماً صحيحاً، وقد سبق التحقيق في هذه المسألة[4].

أما إذا كان المكفول عنه نفساً- وهو موضع البحث- فيشترط فيه ما يلي:

1. أن يكون المكفول عنه معلوماً للكفيل:

وهذا شرط مختلف فيه عند العلماء على مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب الحنفية إلى أنه يشترط أن يكون المكفول عنه معلوماً للكفيل ووجهتهم في ذلك؛ ليعلم ما إذا كان المكفول عنه أهلاً لاصطناع المعروف أو لا، ولذا لا تصح كفالة من كان مجهولاً، فلو قال الكفيل: أنا كفيل بما على فلان من الناس، وهو لا يعرفه، لا تصح الكفالة؛ لأن العرف عند الناس لا

---

[1] السمرقندي: تحفة الفقهاء (241/3)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (102/4)؛ القرافي: الذخيرة (200/9)؛ الأنصاري: فتح الوهاب (214)؛ البجيرمي: علي الخطيب (100/3)؛ النووي: روضة الطالبين (240/4)؛ البهوتي: الروض المربع (239)؛ الزركشي: شرح الزركشي (140/2).

[2] البغدادي: مجمع الضمانات (598/2)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (102/4-103)؛ الشربيني: مغني المحتاج (200/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (71/5).

[3] انظر (ص55) من هذا البحث.

[4] انظر (ص22- وما بعدها) من هذا البحث.

يقضي بذلك، وكذلك إنما شُرط معرفة المكفول عنه بشخصه ليُعرف هل هو موسراً ليبادر إلى قضاء ما عليه من دين، أو لا؟[1].

المذهب الثاني:

أجاز جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية في الأصح والحنابلة كون المكفول عنه مجهولاً غير معلوم للكفيل، ووجهتهم في ذلك أن الكفالة كما هو معلوم تبرع بالتزام من جهة الكفيل فلا يشترط معرفة من يتبرع عنه به كالنذر، وأما اصطناع المعروف سواء أكان لأهله أم لغيرهم فهو معروف[2].

والذي أرى ترجيحه هو ما ذهب إليه جمهور العلماء من جواز الكفالة دون معرفة الكفيل للمكفول عنه ما لم يعترض المكفول عنه على هذه الكفالة بحيث إن وافق على كفالة الكفيل جازت حينئذ الكفالة؛ وذلك لما استدلوا به، ولأن دور الكفالة يتأتى في مثل هذه الأحوال لمسيس الحاجة إليها؛ إحياءً للحقوق.

تنبيه: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز الكفالة عن الغائب والمحبوس بالمال وببدن غائب ومحبوس بالنفس؛ لأن الحاجة تدعو إلى الكفالة في الغالب في مثل هذه الأحوال، فكانت الكفالة فيهما أحوج ما يكون[3].

2. إذن المكفول عنه ورضاه بالكفالة:

وقد اختلف العلماء في هذا الشرط على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية ووافقهم بعض الشافعية؛ إلى جواز الكفالة من غير إذن المكفول عنه، وعليه إذا طلب الكفيل من المكفول عنه الحضور أمام الحاكم وجب على المكفول عنه الحضور، لا من جهة الكفالة وإنما من جهة أن المكفول له قد وكّل الكفيل بإحضاره[4].

المذهب الثاني: ذهب الشافعية في الأصح والحنابلة؛ إلى أنه يشترط إذن المكفول عنه؛ لأنه إذا تكفل عنه من غير إذنه لن يستطيع أن يسلمه لرفضه الحضور معه، وبذلك لا يتم معنىً للكفالة[5].

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار (307/5)؛ الكاساني: بدائع الصنائع (5/6)؛ البغدادي: مجمع الضمانات (588/2).

[2] الخرشي: على خليل (25/5)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (1961/4)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (334/3)؛ الشربيني: مغني المحتاج (200/2)؛ الغمراوي: السراج الوهاج (240)؛ الهيتمي: تحفة المحتاج (296/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (5/71–72)؛ البهوتي: كشاف القناع (354/3)؛ الزركشي: شرح الزركشي (140/2).

[3] الكاساني: بدائع الصنائع (9/6)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (1961/4)؛ الشربيني: مغني المحتاج (204/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (5/71–72).

[4] ابن عابدين: رد المحتار (283/5)؛ النووي: روضة الطالبين (259/4).

[5] الشيرازي: المهذب (325/3)؛ الأنصاري: أسنى المطالب (597/4)، المرداوي: الإنصاف (209/5)، ابن قدامة: الكافي (2/171–172).

أرى أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني القائلين بأنه يشترط إذن المكفول عنه ورضاه بالكفالة، وذلك للآتي:

أ. أنه إن تكفل عنه من غير إذنه لن يستطيع أن يحضره ويسلمه للقضاء؛ لرفضه الحضور معه، وبذلك لا يتم معنىً للكفالة.

ب. أنه إذا تكفل عنه من غير إذنه وغرم الكفيل ما على مكفوله من مال؛ لن يستطيع أن يرجع عليه بما غرم، لأنه متبرع بكفالته.

ج. أنه لابد من إذن المكفول عنه؛ لأنه صاحب الغرمة، وعليه فلابد من رضاه بالكفالة إلا في حالة معينة كأن تكون قضية أو مسألة مستعصية، والكفيل ذا قدرة على إنفاذ كفله دون إذن المكفول عنه مع قدرته على الرجوع إليه باسترداد ما تكفل به من غرم.

3. أن يكون مقدور التسليم:

فلا يصح أن يكفل هو شخصاً غائباً لا يدري مكانه، وكذا لا تصح الكفالة بنفس ميت وذلك لتعذر إحضارهما وتسليمهما، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة[1].

وذهب المالكية والشافعية إلى جواز الكفالة بالنفس سواء أكان الشخص حاضراً أم غائباً حياً أو ميتاً وذلك لمسيس الحاجة الداعية للكفالة؛ لاسيما عندما يكون الشخص غائباً أو ميتاً لرد حق المكفول له[2].

والذي أراه راجحاً ما ذهب إليه المالكية والشافعية من جواز الكفالة بالنفس سواءً أكان الشخص المكفول حاضراً أم غائباً لأن الكفالة شُرّعت إحياءً لحق المكفول له.

4. أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل:

فتصح كفالة المكفول عنه إذا كان المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل، وبيان ذلك على النحو التالي:

اتفق جمهور العلماء على صحة الكفالة بالنفس إذا كانت بسبب المال لإمكانية استيفائها من الكفيل[3].

وقد اختلف العلماء فيما إذا كان المكفول به في الكفالة بالنفس في غير الأموال كأن يكون حداً أو قصاصاً وذلك على النحو التالي:

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار (283/5)، البهوتي: دقائق أولي النهى (253/2)، الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة (178/2).

[2] الكشناوي: أسهل المدارك (22/3)، الشربيني: مغني المحتاج (204/2).

[3] السرخسي: المبسوط (162/19)؛ ابن الهمام: فتح القدير (165/7)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (1955/4)؛ الشربيني: مغني المحتاج (203/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (96/5).

1. إذا كان الحد خالصاً لله تعالى:

فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الكفالة بالنفس في الحدود الخالصة لله تعالى لا تصح[1] مستدلين بالآتي:

أ. بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبيﷺ أنه قال: "**لا كفالة في حد**"[2].

ب. أن الكفالة وثيقة وحدود الله لا يستوثق بها؛ لأنها مبنية على الإسقاط وتدرأ بالشبهات، فلا يجب فيها الاستيثاق وذلك للحديث "**ادرؤوا الحدود بالشبهات**"[3].

ج. الغرض من الكفالة استيفاء الحق لصاحبه، وهنا يتعذر الاستيفاء من الكفيل لأن الحدود لا يقوم بها أحد عن أحد فلا تفيد الكفالة هنا.

2. أما الحدود التي فيها حق للعبد، كحد القذف والسرقة والتعزير وكذلك القصاص:

فقد اختلف العلماء على مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية على صحة الكفالة بنفس من عليه حق لآدمي، على أن الكفالة بالنفس تصح بإحضار المكفول عنه الذي عليه حداً أو قصاص؛ لأنها من حقوق العباد فصحت كسائر حقوق الآدميين المالية[4].

المذهب الثاني:

وذهب الحنابلة إلى عدم صحة الكفالة بنفس من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة أو لآدمي كحد القذف والقصاص وحجتهم ما بينا في الحدود الخالصة لله تعالى[5].

---

[1] ابن الهمام: فتح القدير (197/7)؛ ابن عابدين: رد المحتار (297/5-298)؛ المرغيناني: الهداية (89/3)؛ الميداني: اللباب (157/1)؛ مالك: المدونة الكبرى (141/4)؛ الباجي: المنتقى (84)؛ ابن رشد: المقدمات الممهدات (400/2)؛ القرافي: الذخيرة (220/9-222)؛ الشربيني: مغني المحتاج (203/2-204)؛ البكري: إعانة الطالبين (78/3)؛ ابن النقيب: عمدة السالك (124)؛ القليوبي وعميرة: حاشيتا (522/2-523)؛ المرداوي: الإنصاف (201/5)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (99/5)؛ ابن النجار: منتهى الإرادات (414/1)؛ بن ضويان: منار السبيل (93/2)؛ الطبري: اختلاف الفقهاء (213- وما بعدها)؛ الزحيلي: جامع الأسئلة الفقهية (369).

[2] البيهقي: السنن الكبرى في كتاب (الضمان) باب (ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق)(452/8ح11606)؛ الدهلوي: حاشية الدهلوي (66/2)؛ الدوري: صفوة الأحكام (182)؛ ابن قاسم: أصول الأحكام (149). والحديث إسناده ضعيف، وقال البيهقي: إنه منكر.

[3] الألباني: ضعيف الجامع الصغير زياداته (37) وقال: ضعيف.

[4] المرغيناني: الهداية (89/3)؛ السمرقندي: تحفة الفقهاء (243/3)؛ الزيلعي: نصب الراية (119/4)؛ المواق: التاج والإكليل (115/5)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (103/4)؛ الإحسائي: تبيين المسالك (33/4)؛ الشربيني: مغني المحتاج (203/2)؛ الشيرازي: المهذب (323/3)؛ القليوبي وعميرة: حاشيتا (522/2).

[5] ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (99/5-100)؛ البهوتي: كشاف القناع (364/3)؛ ابن قدامة: الكافي (169/2).

الخلاصة ورأي الباحث:

بعد بيان آراء العلماء فيما سبق في هذه المسألة يتبين لي أن الكفالة بالنفس تصح ببدن من عليه حق لآدمي مالاً كان أو عقوبة؛ لأن استيفاء الحق من المكفول به واجب لحق الآدمي، وكفالته وسيلة لإحضاره والاستيفاء منه.

أما الحدود الخالصة لله تعالى فلا تصح فيها الكفالة مطلقاً لما ذكرنا من الأدلة والتي منها أن العقوبات لا تجري فيها النيابة.

رابعاً- شروط الصيغة:

1. أن تكون لفظاً يشعر بالالتزام، صريحاً كان أم كناية:

أ. **فالصريح:** كأن يقول الكفيل: ضمنت دينك على فلان، أو تكفلت بنفس فلان، أو أنا كفيل بإحضاره، أو أنا به زعيم أو قبيل أو غريم، وتصح الكفالة بالنفس بكل ما يعبر عنه عن البدن- كما تقدم[1]- كأن يقول: أنا كفيل بنفس فلان أو نصفه أو رأسه أو روحه ونحو ذلك مما يعبر به عن الكل لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر البعض كذكر الكل؛ ولأنه لا يمكنه إحضار الجزء بدون سائر البدن.

- أما إذا قال الكفيل: ضمنت إحضار يده أو رجله فلا تصح الكفالة؛ لأن هذا الجزء تبقى حياة الإنسان بدونه غالباً.

ب. **الكناية:** كأن يقول الكفيل: الدين الذي لك على فلان علي.

أما إذا أتى بصيغة لا تدل على الالتزام نحو: أنا أؤدي المال الذي عليه، أو أنا أحضر الشخص الذي لك عنده- فهذه الصيغ لا تصح بها الكفالة إذ أنها من قبيل الوعد لا الالتزام[2].

2. التنجيز في العقد:

من شروط الصيغة كذلك التنجيز في العقد وعدم التعليق على شرط- وهذا في نوعي الكفالة سواء كانت بالمال أو النفس، فلا تصح الكفالة المعلقة كأن يقول الكفيل: إن جاء فلان فأنا كفيل لك بما على فلان، أو إن هبت الريح فأنا كفيل، أو إن جاء المطر، أو إن فعلت كذا تكفلت بإحضار فلان، فكل ذلك يبطل الكفالة؛ لأن الكفالة عقد يراد بها التأكيد في المحل، ليترتب آثارها في الحال فلا تقبل التعليق.

---

[1] مرجع سابق، انظر (ص46) من هذا البحث.

[2] ابن الهمام: فتح القدير (166/7-167)؛ السرخسي: المبسوط (171/19-172)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (105/4)؛ ميارة: على تحفة الحكام (119-120)؛ الشربيني: مغني المحتاج (206/2)؛ القليوبي وعميرة: حاشيتا (526/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (96/5-100)؛ بن مفلح: المبدع (249/4).

وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في الأصح والحنابلة في إحدى الروايتين[1].

حيث قالوا إذا عُلّقت الكفالة على شرط موافق وملائم لمقتضى العقد فهي صحيحة كأن يقول الكفيل: ما ثبت لك على فلان فهو عليَّ، أو إن قدم فلان فعليَّ ما عليه من الدين[2].

وذهب الشافعية في مقابل الأصح والحنابلة في الرواية الأخرى بجواز تعليق الكفالة بمطلق الشرط[3]. **مثال ذلك:** كقول القائل: إذا جاء رأس الشهر فقد تكفلت ببدن فلان، أو أنا كفيل بفلان شهراً، أو إن قدم الحجيج فأن كفيل بفلان أو ضامن ما عليه.

فرع: هل تصح كفالة الأخرس؟

تصح كفالة الأخرس عند جمهور العلماء بإشارته المفهمة أو بالكتابة المستبينة؛ لأنها تقوم مقام الصيغة بالنسبة له، فلو أشار الأخرس بإشارته المفهمة الدالة على الكفالة أو كتب ذلك كتابة؛ صحت كفالته؛ لأن الإشارة والكتابة من الأخرس تقوم مقام اللفظ في الدلالة على المراد كسائر تصرفاته[4]؛ إلا أن الحنابلة اشترطوا في الكتابة أن تكون مرفقة بالإشارة ليُفهم منه المراد، وعليه فلا تكفي عندهم الكتابة وحدها لتقوم مقام النطق باللسان في الدلالة على المراد[5].

---

[1] المرغيناني: الهداية (89/3)؛ الشربيني: مغني المحتاج (207/2)؛ ابن قدامة: الكافي (170/2-171).

[2] نفس المرجع السابق.

[3] الشربيني: مغني المحتاج (207/2)؛ ابن قدامة: الكافي (170/2-171).

[4] ابن الهمام: فتح القدير (166/7- وما بعدها)؛ علي حيدر: درر الحكام (630)؛ الدردير: الشرح الصغير (431/3)؛ مالك: المدونة الكبرى (141/4)؛ الماوردي: الحاوي الكبير (142/8)؛ النووي: روضة الطالبين (241/4).

[5] ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (80/5)؛ ابن قاسم: حاشية الروض المربع (99/5)؛ ابن قدامة: المقنع (113/2).

المطلب الثالث

تطبيقات شروط الكفيل بالنفس في العرف الفلسطيني

بينّا فيما سبق أن الكفل في العرف ينقسم إلى أقسام عدة: كفيل وفاء، وكفيل دفاء، وكفيل جمع وإحضار، وكفيل كفلاء، وكفيل نحي[1].

وبينّا كذلك أن الكفيل بالنفس ينحصر في كفيل الجمع والإحضار وهو: الكفيل الذي يلتزم أن يحضر مكفوله الذي كفله عند القاضي في الموعد المحدد[2].

وعلى كل حال، فإن أي قسم من أقسام الكفل آنفة الذكر ينبغي أن يتوفر فيه شروط أساسية كي يكون مقبولاً ككفيل لدى قضاة العرف العشائري.

فمثلاً عند جلوس طرفي نزاع لدى قاضٍ عرفي؛ فإن القاضي يطلب من كلا الطرفين تعيين كفيل ليكفل تنفيذ ما يحكم به القاضي، وعليه من شروط الكفيل الذي يتم تعيينه أمام القاضي أن يرضى به كل طرف للآخر وكذلك هناك شروط أخرى نبينها على النحو التالي:

1. أن يكون الكفيل بالغاً عاقلاً.
2. أن يكون ميسور الحال: بمعنى أن يكون قادراً مادياً على دفع الحق للطرف الآخر في حال قصر من كفله.
3. أن لا يكون هذا الكفيل قد قصر سابقاً في كفل التزم به.
4. أن يكون ذا شخصية اعتبارية لدى عائلته أو عشيرته: أي أن يكون رجلاً ذا جاه ورجال وقوة؛ بحيث يملك قراره بيده وليس مكبوراً، وعليه فالقاضي ينبه الكفلاء عادة ويسألهم: هل أنتم مكبورون؟ فإن أجابوا بنعم فلا كفالة لهم، وإن قالوا نحن كبار أنفسنا قُبلت كفالتهم، ولكن واجب القاضي هنا أن ينبه مرة أخرى بما يسمى شد علوم[3] على الكفلاء بقوله: ترى الكفيل غرّام والحمل ثقيل والهمّ كبير والعواقب وخيمة ترى الكفيل بدّو يرد الشارد ويحط البارد؛ فإن قبل الكفيل بالكفالة وكان مكبوراً فلكبيره إبطال هذه الكفالة في مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام قبل صدور القرار، وإلا يثبت الكفل ويلزم الكفيل ما صدر من حكم حال تقصير مكفوله.

وإبطال الكفل يتم بالآتي: يقول كبير الكفيل: ابنّا مكبور، ولا كفالة له احنا بنضربوا على زورو وبنرد قولو.

---

[1] انظر (ص50- ما بعدها) من هذا البحث.

[2] انظر (ص52) من هذا البحث.

[3] والمراد بشد علوم: تحذير وتنبيه الكفيل بخطورة ما هو مقدم عليه من كفالة وما يتبع الكفالة من عواقب وخيمة.

تنبيه: لا يجوز للمرأة أن تكفل بناءً على هذا الشرط لأنها مكبورة.

5. أن يكون الكفيل حسن السير والسلوك ومقبولاً في المجتمع.

6. أن يكون الكفيل قادراً على تثوير عائلته وعشيرته ضد الطرف المخل بالكفل.

7. يجب أن يكون الكفيل محايداً بحيث لا يتساهل في تحصيل ما تكفل به أو فرض نفوذه على حماية من كفله.

8. لا تقبل كفالة أحد خمسة الخصم. بمعنى: أي من الأقارب الذين يربطهم الجد الخامس فما دون، ولذلك قالوا في العرف "**قبيل وكفيل لا يجوز**"[1].

9. الكفيل الحاضر يتم تعيينه برضاه إن قبل ذلك، أما الكفيل الغائب فهو مجبر[2].

وذلك كأن يقول أحد المتنازعين كفيلي فلان وهو غائب فهذا الكفيل الغائب مجبر على الكفالة عملاً بالقاعدة العرفية "**الحاضر حر والغائب مضطر**"[3].

هذه القاعدة العرفية كان العمل بها قديماً أما في أيامنا هذه لاسيما في العقدين الأخيرين أو ما يزيد على ذلك؛ فإن الكفيل الغائب إذا ما طلبه أحد الخصوم أن يكون كفيلاً له وجب إخبار صاحب الكفل بكفله؛ فإن رضي بالكفل لزمه وإن رفض لا يجبر عليه[4].

الخلاصة ورأي الباحث:

بالنظر إلى شروط الكفيل في واقع العرف الفلسطيني، أرى أن منها ما يتفق مع الشريعة ومنها ما هو مخالف لها.

أوجه الاتفاق:

1. فكون الكفيل بالغاً عاقلاً؛ فالفقهاء على أنه لا تصح الكفالة من الصبي والمجنون؛ لأنهما ليسا أهلاً للتصرف.

2. أن يكون الكفيل ميسور الحال، هذا إن تعلّقت الكفالة بالمال، وهذا ما ذهب إليه الفقهاء بقولهم؛ لإمكانية استيفاء الحق من الكفيل في حال قصر المكفول عنه.

---

[1] عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (13)؛ محمود ثابت: القضاء العشائري (42).

[2] هذه الشروط كان بعضها على لسان كل من: أبوناصر الكجك- مستشار وزير الداخلية لشئون العشائر ولجان الإصلاح في فلسطين، والقاضي العرفي أبوسلمان المغني- مختار في محلة الشجاعية، والقاضي العرفي أبومروان الخالدي- أمين سر لجنة الإصلاح المركزية والقضاء العشائرية في قطاع غزة؛ وكذلك من كتاب عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (13)؛ ثابت: القضاء العشائري (42-43)؛ محمد غيث: قضاء العشائر (67).

[3] ثابت: القضاء العشائري (43).

[4] لقاء مع كل من: أبوناصر الكجك، أبوسلمان المغني، أبومروان الخالدي.

3. اشتراط القدرة على أن يكون الكفيل كبير عائلته أو رجلاً ذو جاه؛ ليستطيع إنفاذ ما تكفل به، لأن الكفالة معناها عند الفقهاء "التزام الكفيل إحضار المكفول عنه"، أو هي "التزام ما في ذمة الغير من المال". فالمراد هنا القدرة على الإنفاذ وذلك في نوعي الكفالة.

4. أن يكون حسن السلوك. والتي يعبر عنها في الشريعة بالعدالة.

فكل من هذه الشروط تتفق مع روح التشريع الإسلامي ومبادئه.

أما أوجه الاختلاف:

1. شرط الذكورة:

حيث يشترط العرف أن يكون الكفيل رجلاً، ولا يقبل كفالة المرأة خلافاً للشريعة التي لم تفرق بين الرجل والمرأة في هذا الجانب.

2. شرط القرابة:

حيث يشترط العرف ألا يكون الكفيل من الأقارب مما سماهم بالقبيل، فلا تقبل كفالتهم في العرف، أما في الشرع فباب الكفالة مفتوح للقريب والبعيد، بل قد يكون القريب ذا يد طولى في رد حقوق الآخرين.

3. شرط الإجبار بالكفالة للغائب:

وهذا شرط غير معمول به في أيامنا هذه ولكن لا بأس من بيانه من جهة الشرع.

وقد كان العرف يجبر الشخص الغائب على الكفالة إذا ما طلبه أحد الخصوم ليكون كفيلاً؛ عملاً بالقاعدة العرفية "الحاضر حر والغائب مضطر"[1].

وهذا مخالف لصريح الكتاب والسنة وأقوال الأئمة.

قال تعالى: ﴿**لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ...الآية**﴾[2].

وجاء في الحديث أن رسول اللهﷺ قال: "**إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**"[3].

والفقهاء على أن المكرَه لا يصح بيعه ولا شراؤه ولا نكاحه ولا طلاقه، فكذلك كفالته في حال غيابه من باب أولى؛ لاسيما أنه قد يغرم مالاً جراء هذه الكفالة، فكان لابد من رضا الكفيل بالكفالة، وفي حال الإكراه تبطل الكفالة عند الفقهاء[4].

---

[1] ثابت: القضاء العشائري (43).

[2] سورة البقرة: جزء من الآية (256).

[3] ابن ماجة: في كتاب (الطلاق) باب (طلاق المكره والناسي)(659/1ح2045)، قال الألباني صحيح.

[4] انظر (ص58) من هذا البحث.

المبحث الثالث

حكم الكفالة بالنفس في الفقه والعرف

ويشتمل على مطلبين:

- **المطلب الأول: حكم الكفالة بالنفس وأدلة مشروعيتها.**

- **المطلب الثاني: حكم الكفالة بالنفس في واقع العرف الفلسطيني.**

المطلب الأول

حكم الكفالة بالنفس وأدلة مشروعيتها

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على جواز ومشروعية الكفالة بوجه عام، ولكنهم اختلفوا في الكفالة بالنفس على مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب جمهور العلماء الحنفية والمالكية والشافعية[1] والحنابلة، وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وحمزة بن عمرو الأسلمي وجرير بن عبدالله وأبي بن كعب وعمران بن الحصين والأشعث بن قيس وشريح والثوري والشعبي والليث بن سعد وعبدالله بن الحسن إلى أن الكفالة بالنفس جائزة ومشروعة، وقد استدل الجمهور على صحة مذهبهم من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول والآثار[2].

المذهب الثاني:

وذهب ابن حزم الظاهري بالقول: إلى عدم جواز الكفالة بالنفس أصلاً[3].

سبب الخلاف:

1. يرجع سبب الخلاف بين الجمهور وابن حزم الظاهري في هذه المسألة إلى اختلافهم في مفهوم الآية ﴿...**فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ**﴾[4]، ولحديث **عبدالله بن مسعود الذي استشار فيه أصحاب رسول الله ﷺ في المرتدين الذين كانوا يضجون في مسجدهم بمسيلمة فقال جرير والأشعث لعبدالله بن مسعود في المرتدين: استتبهم وكفلهم فتابوا وكفلهم عشائرهم**[5].

---

[1] ذهب الشافعي إلى أن الكفالة بالبدن ضعيفة، وقد أراد الشافعي بذلك أنها ضعيفة من جهة القياس، والراجح عند الشافعية في هذه المسألة أن الكفالة بالنفس صحيحة كما هو منصوص عن الإمام الشافعي في أكثر كتبه. النووي: المجموع (44/14-45)؛ الرافعي: الشرح الكبير (159/5).

[2] ابن الهمام: فتح القدير (163/7)؛ السرخسي: المبسوط (162/19)؛ العيني: البناية (420/8)؛ القرافي: الذخيرة (191/9)؛ الإحسائي: تبيين المسالك (24/4)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (99/4)؛ الشعراني: الميزان (87/3)؛ الشربيني: مغني المحتاج (198/2)؛ القفال الشاشي: حلية العلماء (67/5-68)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (95/5)؛ ابن قاسم: حاشية الروض المربع (108/5)؛ البهوتي: كشاف القناع (350/3).

[3] ابن حزم: المحلى (119/8).

[4] سورة يوسف: جزء من الآية (78).

[5] البخاري معلقاً: في كتاب (الحوالة) باب (الكفالة في القرض والديون والأبدان وغيرها)(130/2ح2295).

فالجمهور قالوا بأن الآية الكريمة نص في الكفالة وليس فيها ما يمنع الكفالة؛ لأن من حق المكفول له أن يقبل الكفالة أو لا يقبلها.

وكذلك دل الحديث على جواز الكفالة بالنفس؛ حيث إنها كانت معهودة وسائغة لدى الصحابة، ولم ينكر أحد من الصحابة على ابن مسعود صنيعه حين كفلهم عشائرهم[1].

وحمل ابن حزم الكفالة الواردة في الآية والحديث على الكفالة في الحدود والتي لا تجوز بالاتفاق[2].

2. ويرجع سبب الخلاف أيضاً إلى الاحتجاج بالآثار الواردة في هذا الباب من حيث الصحة والضعف.

أدلة كل مذهب:

- **أدلة المذهب الأول:**

أولاً- من الكتاب:

1. قال الله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾[3].

وجه الدلالة:

أن يعقوب عليه السلام طلب من أبنائه ضماناً قوياً، وهو أن يعاهدوا الله تعالى عهداً موثقاً أن يعيدوا إليه ابنه الصغير بنيامين، فقدموا لأبيهم المواثيق بذلك بأن حلفوا له بإعادة بنيامين معهم، وأكد أبوهم عليهم استرجاعه كما في قوله تعالى: ﴿**قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ**﴾[4]. أي كفيل يتكفل بكم، وشهيد ورقيب عليكم لتأتنني به: أي تعودوا به إليَّ وفاءً لعهدكم وميثاقكم[5].

وقد ذهب جمهور الفقهاء على أن الآية الكريمة دليل على جواز ومشروعية الكفالة بالنفس[6].

قال القرطبي: "هذه الآية أصل في جواز الحمالة (الكفالة) بالعين والوثيقة بالنفس"[7]. "ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال"[8].

---

[1] السرخسي: المبسوط (162/19)؛ القرافي: الذخيرة (191/9)؛ النووي: المجموع (45/14)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (95/5).

[2] ابن عابدين: رد المحتار (297/5-298)؛ الباجي: المنتقى (84)؛ الشربيني: مغني المحتاج (203/2-204)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (99/5)؛ ابن حزم: المحلى (121/8).

[3] سورة يوسف: الآية (66).

[4] سورة يوسف: جزء من الآية (66).

[5] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (232/9-233)؛ الخازن: تفسير الخازن (297/2)؛ الرازي: التفسير الكبير (175/18)، المنتخب في تفسير القرآن الكريم (342)؛ ابن عباس: تنوير المقباس (200)؛ الماوردي: تفسير الماوردي (58/3-59)؛ الجزائري: أيسر التفاسير (628/2).

[6] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (232/9-233)؛ الزحيلي: التفسير المنير (23/13).

[7] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (232/9-233)؛ ابن رشد: المقدمات الممهدات (400/2).

[8] ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (96/5).

2. وقول الله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[1]..[2].

وجه الدلالة:

دلت الآية الكريمة على جواز ومشروعية الكفالة بنوعيها/ الكفالة بالنفس، والكفالة بالمال[3].

يقول ابن العربي: "قال علماؤنا: هذا نصٌّ في جواز الكفالة"[4].

فالآية الكريمة دلت على أن الكفالة كانت صحيحة في شرعهم، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد النسخ، ولا يوجد نسخ هنا لا من كتاب ولا سنة، بل إن النبيﷺ حكم بها في قوله: "**الزعيم غارم**"[5]..[6]..[7].

3. وقوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ إِنَّ لَهُ أَباً شَيْخاً كَبِيراً فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ﴾[8].

---

[1] سورة يوسف: الآية (72).

[2] قال ابن عباس ومجاهد: الزعيم: الكفيل وكذلك الحميل والضمين والقبيل كلها بمعنىً واحداً، والمعنى: أي وأنا بحمل البعير كفيل أعطيه لمن جاء بصواع الملك وأراد بذلك إعطاء من يأتي بالصواع وسق بعير من طعام. ابن العربي: أحكام القرآن (1095/3)؛ الرازي: التفسير الكبير (183/18)؛ النسفي: تفسير النسفي (231/1-232)؛ الزمخشري: الكشاف (334/2)؛ الجزائري: أيسر التفاسير (631/2)؛ الأشقر: زبدة التفاسير (314)؛ حوى: الأساس في التفسير (2680/5).

[3] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (232/9-233)؛ الزحيلي: التفسير المنير (35/13)؛ الجزائري: أيسر التفاسير (632/2).

[4] ابن العربي: أحكام القرآن (1095/3).

[5] أبوداود: في كتاب (البيوع)(540/9 ح3565)، قال الألباني: صحيح؛ والترمذي: الجامع الصحيح في كتاب (البيوع) باب (ما جاء في أن العارية مؤداة)(366/3 ح1265)، وقال: حديث حسن؛ وابن ماجة: في كتاب (الصدقات) باب (الكفالة)(804/2 ح2405)؛ الزيلعي: نصب الراية في كتاب (الكفالة)(115/4)، مرجع سابق.

[6] ذهب بعض الأصوليين بأن شرع من قبلنا إذا قضى الله ورسوله على أنه شرع رسولنا محمدﷺ يكون شرع لنا من غير نكير، وذهب بعض آخر بأن شرع من قبلنا لا يلزمنا حتى يقوم الدليل لقوله تعالى: ﴿**لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً**﴾(سورة المائدة: جزء من الآية 48). فالمسألة تبقى محل خلاف بين الأصوليين. النسفي: كشف الأسرار (170/2-171)؛ الباجي: إحكام الفصول (327)؛ الآمدي: الإحكام (190/4)؛ ابن المبرد: شرح غاية السول (420-421).

[7] ابن العربي: أحكام القرآن (1097/3)؛ الخطيب الشربيني: تفسير القرآن الكريم (125/2)؛ ابن الهمام: فتح القدير (163/7)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (99/4)؛ الجمل: حاشية الجمل (278/3)؛ البهوتي: دقائق أولي النهى (245/2).

[8] سورة يوسف: الآية (78).

وجه الدلالة:

أن المراد: أي خذ أحدنا مكانه حتى يتم إيصال بنيامين إلى أبيه وهو الذي وجد صواع الملك في راحلته وحين عودته إلى أبيه يعرف حينئذ يعقوب حقيقة الأمر[1].

فالآية دليلٌ على جواز الكفالة بالنفس[2].

يقول الإمام القرطبي: حكاية عن أخوة يوسف حين قالوا: ﴿**فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ**﴾، "وبعيد عليهم وهم أنبياء أن يروا استرقاق حر فلم يبق إلا أن يريدوا بذلك طريق الحمالة"[3].

ثانياً- السنة:

1. قولهﷺ: "الزعيم غارم"[4].

وجه الدلالة:

أفاد الحديث بإطلاقه مشروعية الكفالة بنوعيها الكفالة بالمال والكفالة بالنفس، وأن الكفيل يلزمه أداء ما تكفل به[5].

2. أخرج البخاري عن أبي الزناد عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه أن عمرﷺ بعثه مُصدقاً فوقع رَجُلٌ على جارية امرأته فأخذ حمزة من الرجل كفيلاً حتى قدم على عمر وكان عمر قد جلده مائة جلدة فصدقهم وعذره بالجهالة[6].

وجه الدلالة:

يستفاد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان، فإن حمزة بن عمرو صحابي، وقد أخذ من الرجل كفيلاً ولم ينكر عليه عمرﷺ مع كثرة الصحابة حينئذ[7].

3. عن أبي إسحاق عن حارثة بن مُضرب قال: صليت الغداة مع عبدالله بن مسعود فذكر قصة ابن النَّوّاحة وأصحابه وشهادتهم لمسيلمة الكذاب بالرسالة، وأن عبدالله بن مسعودﷺ أمر بقتل ابن النَّوّاحة ثم إنه استشار الناس في أولئك النفر فقام جرير والأشعث فقالا: استتبهم وكفلهم عشائرهم، فاستتابهم فتابوا فكفلهم عشائرهم[8].

---

[1] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (240/9).

[2] السرخسي: المبسوط (162/19)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (99/4)؛ العمراني: البيان (343/6)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (95/5)؛ الشاطري: شرح الياقوت النفيس (88/2).

[3] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (240/9).

[4] سبق تخريجه، انظر (ص72) من هذا البحث.

[5] عون المعبود: في كتاب (البيوع)(347/9 ح 3560)؛ المباركفوري: تحفة الأحوزي في كتاب (البيوع) باب (ما جاء في أن العارية مؤداة)(393/4-394 ح 1265)؛ الزيلعي: نصب الراية في كتاب (الكفالة)(115/4-117).

[6] البخاري: في كتاب (الحوالة) باب (الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها)(130/2 ح 2290).

[7] ابن حجر: فتح الباري (384/4)؛ العيني: عمدة القارئ (114/11)؛ الفاسي: شرح صحيح البخاري (48/5).

[8] البيهقي: السنن الكبرى في كتاب (الضمان) باب (ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق)(451/8ح11603).

وذكر البخاري جزءاً من هذا الحديث وهو: "قال جرير والأشعث لعبدالله بن مسعود في المرتدين: استتبهم وكفلهم، فتابوا وكفلهم عشائرهم"[1].

وجه الدلالة:

يستفاد من هذا الخبر مشروعية الكفالة بالأبدان؛ حيث إن عبدالله بن مسعودﷺ كفل في المرتدين عشائرهم، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، مما يدل على أن الكفالة بالنفس كانت سائغة عندهم[2]؛ ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد فجاز الكفالة به كالدين[3].

4. عن إبراهيم بن خُثَيم بن عِراك بن مالك عن أبيه عن جده عن أبي هريرةﷺ أن النبيﷺ "حبس رجلاً في تهمة وقال مرة أخرى: آخذ من مُتّهمٍ كفيلاً، تثبتاً واحتياطاً"[4].

وجه الدلالة:

دل الحديث على مشروعية الكفالة بالنفس وأن الكفيل إذا لم يُحضر المكفول عنه يُحبس لأجل ذلك حماية لحق المكفول له وهذا بيِّنٌ في قولهﷺ: "**آخذ من متهم كفيلاً تثبتاً واحتياطاً**"[5]..[6].

ثالثاً- ما نقل من إجماع العلماء على جواز الكفالة بالنفس:

ما نقله كثير من العلماء من أن كلمة المسلمين سلفاً وخلفاً على جواز وقوع الكفالة بالنفس إذا كانت بسبب المال أو إحضار بدن من عليه عقوبة، فقد عمل بها الصحابة والتابعون وأئمة المذاهب الأربعة والعلماء، وبعث النبيﷺ والناس يكفل بعضهم بعضاً فأقرهم عليها، ولايزال المسلمون على العمل بالكفالة بالنفس إلى يومنا هذا من غير نكير فكان إجماعاً[7].

---

(1) البخاري معلقاً: في كتاب (الحوالة) باب (الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها)(130/2 ح2295).

(2) ابن حجر: فتح الباري (384/4)؛ الفاسي: شرح صحيح البخاري (48/5)؛ النووي: المجموع (45/14).

(3) الشيرازي: المهذب (323/3)؛ العمراني: البيان (344/6).

(4) البيهقي: السنن الكبرى في كتاب (الضمان) باب (ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق)(451/8ح11603). لم أجد الحكم على الحديث في حدود ما اطلعت عليه.

(5) نفس المرجع السابق.

(6) التهانوي: إعلاء السنن (538/14).

(7) ابن الهمام: فتح القدير (163/7)؛ السرخسي: المبسوط (162/19)؛ العيني: البناية (420/8)؛ القرافي: الذخيرة (191/9)؛ الإحسائي: تبيين المسالك (24/4)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (99/4)؛ القفال الشاشي: حلية العلماء (67/5-68)؛ الشربيني: مغني المحتاج (198/2)؛ الرملي: نهاية المحتاج (432/4)؛ الشعراني: الميزان (87/3)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (95/5)؛ ابن قاسم: حاشية الروض المربع (108/5)؛ البهوتي: كشاف القناع (350/3).

رابعاً- المعقول:

الكفالة بالنفس من الأمور الجائزة، وذلك بسبب الحاجة الماسة إليها وهي إحياء حقوق العباد، ولما في ذلك من المصلحة العامة والخاصة، فهي مستحبة للكفيل إن كان يعلم في نفسه المقدرة على إحضار بدن الأصيل أو إيفاء الدين عنه وذلك فضاً للنزاعات بين الناس وهذه من الأمور التي حث الإسلام عليها، فإن تحمل الكفالة تتمثل فيها الشفقة الدينية والعاطفة الأخوية بدفع ضـــرر الإلحـــاح والمطالبة عن المكفول عنه فيه ما فيه من الثواب والأجر الشيء الكثير.

فلو لم تجز الكفالة بالنفس؛ لأدى ذلك إلى حرج شديد من لحوق الضرر بالمكفول له صـــاحب الحق من عدم استيفاء حقه وكذلك المكفول عنه إما بحبسه أو التضييق عليه وأهله[1].

خامساً- الآثار:

1. عن سليمان الشيباني قال: سمعت حبيباً الذي كان يقدم الخصوم إلى شريح قـــال: خاصـــم رجل ابناً لشريح إلى شُريح كفل له برجل عليه دين، فحبس شريح ابنه، لكفالته ببدن الرجـــل، فلمـــا كان الليل قال: اذهب إلى عبدالله بفراش وطعام، وكان ابنه يسمى عبدالله[2].

وجه الدلالة:

أن شريحاً حبس ابنه لأنه تكفل ببدن شخص ولم يخرجه من الحبس حتى جـــيء بـــالمكفول. فالخبر دليل على جواز ومشروعية الكفالة بالنفس، وأن الكفيل إذا لم يحضر المكفول يُحبس لأجـــل ذلك[3].

2. ما روي أن شريحاً القاضي كفل في دم وحبسه في السجن[4].
3. وروي كذلك أن عمر بن عبدالعزيز كفل في حدٍّ[5].

- **أدلة المذهب الثاني:**

استدل ابن حزم لصحة قوله بعدم جواز الكفالة بالنفس بالآتي:

1. عدم وجود نص شرعي يرجع إليه أو يثبت مثل هذا النوع من الكفالة.
2. لم يصح قط إباحة الكفالة بالنفس لا عن صحابي ولا تابعي.

---

[1] الزيلعي: تبيين الحقائق (147/3)؛ الفندلاوي: تهذيب المسالك (519/5)؛ الرافعي: الشرح الكبير (159/5)؛ ابن قاسم: حاشية الروض المربع (108/5)؛ عليان: النظام الاقتصادي من في الإسلام (402).

[2] البيهقي: السنن الكبرى في كتاب (الضمان) باب (ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق)(452/8ح11607). لم أجد الحكم على الأثر في حدود ما اطلعت عليه.

[3] السرخسي: المبسوط (162/19)؛ التهانوي: إعلاء السنن (538/14).

[4] ابن حزم: المحلى (120/8).

[5] نفس المرجع السابق.

3. **استدل بالمعقول:** أنه إذا تكفل الكفيل بنفس المكفول عنه على أن يحضره ببدنه، فغاب المكفول عنه فماذا تصنعون بالكفيل؛ أتلزمونه غرامة؟ فهذا جور وأكل مال بالباطل، لأنه لم يلتزم بأداء مال، أم تتركنّه؟ ففي تركه إبطال للكفالة بالنفس، أم تكلفونه طلبه؟ ففي ذلك تكليف الحرج وما لا طاقة ولا قدرة له عليه، والله تعالى لم يكلفه بذلك[1].

مناقشة الأدلة:

أولاً- مناقشة أدلة الجمهور:

حاول ابن حزم تضعيف الأدلة التي أوردها الجمهور؛ لاسيما الأحاديث منها وذلك كما يلي:

1. اعترض ابن حزم على الاستدلال بحديث حمزة بن عمرو الأسلمي من وجهين:

الوجه الأول: إن خبر حمزة بن عمرو الأسلمي باطل لأنه من رواية عبدالرحمن بن أبي الزناد وهو ضعيف.

الثاني: أنهم لا يجيزون الكفالة في الحدود والكلام في هذا الخبر عن الكفالة في حدّ، وجاء في الحديث عن النبيﷺ أنه قال: "**لا كفالة في حدٍّ**"[2]. وعليه يكون البطلان[3].

يجاب عليه بالآتي:

أ. أما ادعاء ابن حزم أن عبدالرحمن بن أبي الزناد ضعيف، فقد قال عنه ابن حجر في التقريب بأنه: "صدوق، تغير حفظه لما قدم بغداد وكان فقيهاً"[4]. والفقهاء كما هو معلوم إذا حفظا الخبر لا يحفظون إلا المتون دون معرفة أسانيد الرجال لأن المراد عندهم فقه الحديث[5]. يقول الإمام الشافعي: "إن من حدث بألفاظ الحديث فإنه يشترط أن يكون حافظاً للفظ الحديث متقناً له"[6]. وكذلك أيضاً قال علي بن المديني: أن ما حدث به ابن أبي الزناد بالمدينة صحيح، وهذه الرواية إنما كانت عن محمد بن عمرو الأسلمي وهو حجازي فلا سبيل للتشكيك في الرواية[7]، كما أن ابن أبي الزناد وثقه مالك والترمذي والعجلي ويعقوب بن شيبة وقال: صدوق[8]، فلا يقوى ما ذهب إليه ابن حزم من تضعيفه لراوي الحديث.

---

(1) ابن حزم: المحلى (8/119-122).
(2) البيهقي: السنن الكبرى (8/452)، وقال ضعيف الإسناد.
(3) ابن حزم: المحلى (8/121).
(4) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب (1/569).
(5) ابن رجب: شرح علل الترمذي (2/836).
(6) ابن رجب: شرح علل الترمذي (2/837).
(7) العيني: عمدة القارئ (11/114).
(8) التهانوي: إعلاء السنن (14/537)؛ ابن الجوزي: الضعفاء والمتركين (2/93-94)؛ ابن رجب: شرح علل الترمذي (2/770).

ب. يرد عليه في اعتراضه أن الخبر إنما كان في الكفالة بحدٍّ، أن مفهوم الخبر عندك لم يكن في مكانه؛ وإنما أوقف حمزة الأمر حتى يتحقق مما ادعوه على عمر بن الخطاب أنه قضى في الرجل الذي وقع على جارية امرأته؛ لأن حمزة بن عمرو الأسلمي كان متولياً إقامة الحدود، هذا ومن المعلوم أن الفقهاء مجمعون على أن الكفالة بالنفس جائزة بإحضار بدن من يلزمه الحضور أمام القضاء وليس المعنى كما زعم ابن حزم بنفس الحد إذ لا يمكن استيفاء الحد من الكفيل البتة لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة، وهذا ما كان عليه الخبر[1].

ج. ويرد على ابن حزم فيما استدل به من خبر "لا كفالة في حدٍّ"[2] أن الحديث ضعيف لأنه من رواية عمر بن أبي عمر الكلاعي. قال عنه أبوأحمد: "عمر بن أبي عمر الدمشقي منكر الحديث عن الثقات"[3]. وهو ضعيف من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكرة وغير محفوظة، كما جاء عنه أنه ليس بالقوي[4].

2. اعترض ابن حزم على الاستدلال بخبر ابن مسعود من خلال أمرين:

الأول: إن خبر ابن مسعود روي من طريق يحيى بن سعيد القطان والأعمش وشعبة والسفيانين وهذه الطرق في رواية الخبر كلها صحيحة، ولم يذكر أحد من الرواة أن ابن مسعود كفلهم عشائرهم وكذلك لم تذكر الكفالة مطلقاً إلا من رواية إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق السبيعي فقط وهو ضعيف[5].

الثاني: على فرض صحة الخبر من طريق إسرائيل بن يونس؛ فإن ذلك مخالف لقولهم وهو عدم جواز الكفالة في الردة وكذلك عدم التغريب على المرتد إذا تاب[6].

يجاب عليه بالآتي:

أ. إن إسرائيل بن يونس ثقة وهو من رجال الجماعة، والكلام فيه بأنه ضعيف لا حجة عليه بل هو من أثبت الناس في الرواية عن جده أبي إسحاق[7].

---

[1] التهانوي: إعلاء السنن (538/14)؛ الزيلعي: نصب الراية (122/4).

[2] سبق تخريجه، انظر (ص76) من هذا البحث.

[3] البيهقي: السنن الكبرى (452/8).

[4] السيروان: المجموع في الضعفاء والمتركين (177)؛ البيهقي: السنن الكبري (452/8)؛ البيهقي: معرفة السنن والآثار (475/4)؛ الزيلعي: نصب الراية (119/4- وما بعدها).

[5] ابن حزم: المحلى (121/8).

[6] المرجع السابق.

[7] ابن حجر: تقريب التهذيب (88/1)؛ التهانوي: إعلاء السنن (538/14).

وأما أن الكفالة لم تذكر إلا من طريق إسرائيل فمردود "بل تابعه عليه أبوعوانة فـرواه عـن أبي إسحاق عند البيهقي"[1]. وبهذا يسلم الخبر من العلل ويكون صحيحاً من جميع طرقه.

ب. إن ابن مسعود لم يُكفّل المرتدين عشائرهم إلا بعدما تأكد أنهم تابوا إلى الله، ومن المعلوم أن الردة تزول بالتوبة، وأما التغريب والنفي فهو من باب المصلحة حتى يظهر منهم الصلاح وهـو من باب التعزير الذي لا بأس به للمرتدين بعد توبتهم وهذا الأمر يعود للإمـام ورؤيتـه للمـصلحة العامة للمسلمين فهي من باب السياسة الشرعية[2].

3. اعترض ابن حزم على الاستدلال بحديث إبراهيم بن خثيم بن عراك بن مالك أن النبيﷺ "أخذ من متهم كفيلاً"[3] حيث قال: "إن إبراهيم بن خثيم هو وأبوه في غايـة الـضعف لا تجـوز الرواية عنهما"[4].

يجاب عليه بالآتي:

أ. صحيح أن إبراهيم بن خثيم ضعيف ولا يكتب حديثه فكما قال عنه الجوزجاني: "كان غيـر مقنع اختلط بآخره"[5]، وقال النسائي: "هو متروك الحديث"[6].

إلا أنه لم ينفرد في الرواية عن أبيه وعن جده، بل رُوي الحديث عن أبي بكر بن عياش عـن يحيى بن سعيد عن عراك بن مالك. وهذا سند صحيح[7].

ب. إن قول ابن حزم أن خيثم بن عراك في غاية الضعف كذلك فمردودٌ بقول الحـافظ فـي التقريب: "لا بأس به" وبذلك يسلم الحديث من الاعتراض في الرواية[8].

4. اعترض بن حزم على الاستدلال بخبر شريح بحبس ابنه لأن هذه الرواية مـن طريـق جابر الجعفي وهو كذاب[9].

---

[1] التهانوي: إعلاء السنن (538/14).
[2] نفس المرجع السابق.
[3] سبق تخريجه انظر (ص74) من هذا البحث.
[4] ابن حزم: المحلى (120/8).
[5] الذهبي: ميزان الاعتدال (149/1).
[6] ابن الجوزي: كتاب الضعفاء والمتروكين (32/1)؛ البيهقي: السنن الكبرى (45/8).
[7] التهانوي: إعلاء السنن (539/14).
[8] ابن حجر: تقريب التهذيب (267/1).
[9] ابن حزم: المحلى (121/8).

والظاهر أن اعتراضه كان في محله، فجابر بن يزيد الجعفي ضعيف، وقال عنه النسائي كذلك أنه متروك[1]، وقال عنه أبويحيى الحماني سمعت أبا حنيفة يقول: "ما لقيت فيمن لقيت أكذب من جابر الجعفي ما أتيته قط بشيء من رأيي إلا جاءني فيه بحديث"[2].

5. اعترض ابن حزم على الآثار الواردة عن شريح وعمر بن عبدالعزيز أنهما كفلا في حدٍّ ودم مع أنهم لا يجيزون الكفالة فيهما أصلاً[3].

يجاب عليه:

اتفق الفقهاء على جواز الكفالة بالنفس وذلك بإحضار نفس من يلزمه الحضور أمام القضاء مع أنهم يبطلون الكفالة بذات الحدود أو القصاص؛ لأنه لا يمكن استيفاء الحق من الكفيل لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة وهذا المعنى هو ما كان عليه آثر شريح وعمر بن عبدالعزيز[4].

ثانياً- مناقشة أدلة ابن حزم:

أولاً: زعم ابن حزم عدم وجود نص شرعي يُرجع إليه أو يثبِت مثل هذا النوع من الكفالة. أي الكفالة بالنفس.

يجاب عليه:

ورد في القرآن الكريم آيات عدة تفيد جواز ومشروعية الكفالة بالنفس[5]، وكذلك ورد في السنة الصحيحة أحاديث ظاهرة الدلالة في إثبات مثل هذا النوع من الكفالة[6]، بل إن النبيﷺ عمل بها حين كفّل في تهمة[7].

ثانياً: ادعى ابن حزم أنه لم يصح قط إباحة الكفالة بالنفس لا عن صحابي ولا تابعي.

يجاب عليه:

هذا الادعاء مردود بفعل النبيﷺ ومن بعده الصحابة وكذلك التابعين، فقد بُعث النبيﷺ والناس يكفل بعضهم بعضاً فأقرهم على ذلك. "**وقد حَبس النبيﷺ رجلاً في تهمة وقال مرة أخرى: آخذ من متهم كفيلاً تثبتاً واحتياطاً**"[8]. وكذلك فإن الصحابي حمزة بن عمرو الأسلمي أخذ من رجل

---

(1) البخاري: الضعفاء الصغير (52)؛ السيروان: المجموع في الضعفاء والمتركين (73).

(2) ابن عُدي: الكامل في ضعفاء الرجال (327/2).

(3) ابن حزم: المحلى (121/8).

(4) الزيلعي: نصب الراية (122/4).

(5) انظر الآيات ووجه الدلالة منها (ص71- وما بعدها) من هذا البحث.

(6) انظر الأحاديث ووجه الدلالة منها (ص73- وما بعدها) من هذا البحث.

(7) سبق تخريجه، انظر (ص74) من هذا البحث.

(8) سبق تخريجه، انظر (ص74) من هذا البحث.

وقع على جارية امرأته كفيلاً حتى قدوم عمر، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة مع كثرتهم حينئذ[1]، وها هو عبدالله بن مسعود الصحابي الجليل قد استشار الصحابة في المرتدين أصحاب مسيلمة الكذاب؛ فأشار عليه بعض الصحابة بأن يستتابوا ثم يكفلهم عشائرهم[2].

وكذلك التابعين: فإن شريح القاضي حبس ابنه عبدالله لأنه كَفِل رجلاً ببدنه ولم يأتِ به للمكفول له، فحبسه شرح ولم يخرجه من السجن حتى جيء بالمكفول عنه للقضاء[3].

فكيف يقول ابن حزم أنه لم يصح إباحة الكفالة بالنفس لا عن صحابي ولا تابعي، فهذا في غاية العجب وادعاء من غير تثبت.

ثالثاً: استدل ابن حزم بالمعقول قائلاً: إذا تكفل الكفيل بنفس المكفول عنه على أن يحضره ببدنه، فغاب المكفول عنه فماذا تصنعون بالكفيل؟ أتلزمونه غرامة؟ فهذا جور وأكل مال بالباطل؛ لأنه لم يلتزم بأداء مال، أم تتركنّه؟ ففي تركه إبطال للكفالة بالنفس، أم تكلفونه طلبه؟ ففي ذلك تكليف الحرج وما لا طاقة ولا قدرة له عليه، والله تعالى لم يكلفه بذلك.

يجاب عليه:

الكفالة بالنفس عقد تبرع من جهة الكفيل، ومقتضى هذا العقد هو التزام الكفيل إحضار المكفول عنه، فإذا تكفل الكفيل بإحضار المكفول عنه لزمه إحضاره، ولا نلزمه غرامة المال بحال، لأنه لم يلتزم المال.

أما عن قولك "ما تصنعون بالكفيل" في حال غاب المكفول عنه؛ فإننا نصنع به ما صنع شريح القاضي بابنه عبدالله؛ حيث قام بحبسه عند عدم إيفائه بإحضار المكفول عنه، وشريح هو أعلم بقضايا رسول اللهﷺ والخلفاء بعده منك وأنت متأخر عنهم[4].

ثم لا نسلم لك في تكليف الكفيل طلب المكفول عنه والبحث عنه أنه تكليف الحرج وما لا طاقة ولا قدرة له عليه، فإن أعوان القاضي يكلفون بطلب المجرمين وإحضارهم عند السلطان للقضاء، فهل في ذلك تكليف الحرج؟[5].

يعترض عليه:

بأن أعوان السلطان يُكلفون ذلك بالتزامهم إياه وهو طبيعة عملهم[6].

---

[1] انظر (ص73) من هذا البحث.
[2] انظر (ص73) من هذا البحث.
[3] انظر (ص75) من هذا البحث.
[4] التهانوي: إعلاء السنن (538/14).
[5] التهانوي: إعلاء السنن (536/14).
[6] نفس المرجع السابق.

يجاب عليه:

إن هذا الاعتراض يبطل كونه من تكليف الحرج، وإذا كان كذلك فإننا نكلف الكفيل إحضار المكفول عنه لالتزامه ذلك أيضاً، ولأنه لم يؤدِّ ما التزمه[1].

وكذلك لا نسلم لك بأن الله تعالى لم يكلفه ذلك، لما ثبت أنه ليس من تكليف الحرج، وقد أمر الله بإيفاء ما التزمه العبد، فيبطل القول بأن الله لم يكلفه إياه[2].

زد على ذلك لو لم تجر الكفالة بالنفس؛ لأدى ذلك إلى حرج شديد من لحوق الضرر بصاحب الحق من عدم استيفاء حقه من المكفول عنه وأدى إلى انتشار الفساد والمفسدين.

الرأي المختار:

بعد بيان أدلة كل فريق ومناقشتها، وبعد تحقيق المناط في هذه المسألة، الذي أراه وترتاح إليه النفس هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز ومشروعية الكفالة بالنفس، وذلك لقوة أدلتهم وعدم قدرة المعارض بالنهوض بالحجة، ضف إلى ذلك أن الحاجة ماسة إلى الكفالة بالنفس لما فيها من المصلحة التي تعود على الفرد والجماعة من إحياء حقوقهم، زد على هذا كله أن النبي ﷺ بعث والناس يكفل بعضهم بعضاً؛ لاسيما في هذا النوع من الكفالة وقد أقرهم ﷺ عليها بل وعمل بها حيث كَفَّل في تهمة.

---

(1) التهانوي: إعلاء السنن (536/14).

(2) التهانوي: إعلاء السنن (536/14-537).

المطلب الثاني
حكم الكفالة بالنفس في واقع العرف الفلسطيني

علمنا فيما سبق أن الكفالة بالنفس في الشريعة الإسلامية مشروعة وجائزة، وكذلك فإن الكفالة في العرف الفلسطيني معمول بها ومعروفة في عادات وتقاليد المجتمع الفلسطيني ويطلق عليها كفالة الجمع والإحضار، ولكن ثَمّ اختلاف بين الكفالة في الشرع والكفالة في العرف الفلسطيني في بعض التفاصيل، فالكفيل الذي يصلح أن يكون كفيلاً في العرف الفلسطيني تُشد عليه علوم أمام عدود وشهود وهم الجمع الغفير من الحضور، وفي هذه الحالة تصبح الكفالة **واجبة في حق كفيل الجمع والإحضار**؛ بحيث لو لم يحضر الكفيل مكفوله أو قصر في إحضاره أو تخلف المكفول وأبى الحضور يجلس الكفيل مكانه، ويقوم مقامه ويغرم ما عليه، ولذلك قالوا: "القضاء غير المكفول مهبول". أي: لا قيمة ولا وجود له[1].

وإنني أرى أن العرف الفلسطيني قريب من الشرع في حكم الكفالة بالنفس، فالعرف الفلسطيني يلزم الكفيل بأداء ما تكفل به دون تهاون أو تساهل في ذلك، فقد اشترط عليه ابتداءً في حال عدم إحضار المكفول عنه أو تقصيره في ذلك بأن يجلس مكانه ويغرم ما عليه. وأرى أن في هذا قوة في الإلزام من قبل العرف الفلسطيني يلتقي به مع التشريع الإسلامي من حيث إلزام الكفيل بأداء ما تكفل به.

هذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء وهم المالكية والحنابلة؛ حيث ذهبوا إلى أنه في حال عدم إحضار الكفيل المكفول عنه يغرم ما عليه من مال.

وهذا ما سنوضحه لاحقاً عند الكلام على الإجراءات التطبيقية للكفالة بالنفس.

---

[1] مقابلة مع كلٍ من: أبوناصر الكجك، أبوبسام الوحيدي، أبوسلمان المغني، أبومروان الخالدي، أبوناصر دلول.

الفصل الثاني

طرق إثبات الكفالة بالنفس وإجراءاتها التطبيقية

ويشتمل على أربعة مباحث:

- **المبحث الأول: طرق إثبات الكفالة بالنفس.**

- **المبحث الثاني: الإجراءات التطبيقية للكفالة بالنفس.**

- **المبحث الثالث: طرق انتهاء الكفالة بالنفس.**

- **المبحث الرابع: تطبيقات الكفالة بالنفس في العرف الفلسطيني.**

المبحث الأول

طرق إثبات الكفالة بالنفس

ويشتمل على أربعة مطالب:

- **المطلب الأول: الإثبات بالشهادة.**
- **المطلب الثاني: الإقرار.**
- **المطلب الثالث: اليمين.**
- **المطلب الرابع: الكتابة.**

توطئة:

إن طرق الإثبات للكفالة بالنفس هي ذاتها طرق الإثبات إجمالاً، ولكن مادمنـــا نتحـــدث عـــن الكفالة بالنفس وتطبيقاتها فكان لابد من الحديث عن طرق الإثبات لها بشيء من الخصوصية.

من هنا جاء موضوع هذا المبحث الذي يتناول طرق إثبات الكفالة بالنفس- فأبدأ بحثي بـــإذن الله تعالى- بالإثبات بالشهادة.

المطلب الأول

الإثبات بالشهادة

الشهادة لغة: مصدر شهد من الشهود، فهي تأتي بمعنى الحضور، يقال شهد الرجل بكذا: أي حضره، ومنه قوله تعالى: ﴿...**فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ...الآية**﴾[1] أي من حضر، وهناك معانٍ لغوية أخرى للشهادة من أهمها: الإخبار، والبيان، والعلم، والحلف، والإدراك[2].

الشهادة اصطلاحاً: هي: "**الإخبار بما علمه بلفظ خاص**"[3].

فمن المتفق عليه عند الفقهاء أن مقتضى الكفالة بالنفس التزام الكفيل بإحضار المكفول عنه أمام القضاء، أو بتسليمه للمكفول له في موضع يمكن فيه المخاصمة وتنفيذ الأحكام على المكفول عنه، وقد يتهرب الكفيل من إحضار المكفول عنه أو ينفي أو ينكر أنه تكفل به نفياً باتاً؛ فكيف يمكن إثبات أن عمراً مثلاً كفيل بنفس زيد! لأن أي ادعاء يحتاج إلى دليل وكل قول لا يؤخذ به إلا أن يكون هناك حجة وبرهان، وكل حق يبقى ضعيفاً مجرداً عن كل قيمة إذا لم يدعم بالإثبات، فالدليل فدية الحق- ولولا الإثبات لضاعت الحقوق، وتتعدد وسائل الإثبات.

ولعل أهم وسيلة من هذه الوسائل بل هي الأصل في إثبات الحقوق؛ الإثبات بالشهادة، وبناءً عليه؛ فإن الكفالة بالنفس كغيرها من العقود يتم إثباتها بالشهادة، والتي هي أحد طرق الإثبات المعتبرة لدى الفقهاء.

سأتناول في عُجالة مشروعية وحجية الشهادة، وكيفية أدائها مع بيان نصاب الشهادة المعتبرة في إثبات الكفالة بالنفس.

أولاً- مشروعية الشهادة:

اتفق جمهور الفقهاء على مشروعية الإثبات بالشهادة، مستدلين على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أ. الكتاب:

قال تعالى: ﴿...**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ...الآية**﴾[4].

---

[1] سورة البقرة: جزء من الآية (282).

[2] ابن منظور: لسان العرب (مادة شهد)(224/7)؛ الجوهري: الصحاح (494/2).

[3] البهوتي: كشاف القناع (404/6).

[4] سورة البقرة: جزء من الآية (282).

وجه الدلالة:

في الآية الكريمة دلالة صريحة على توثيق المعاملات لحفظ الحقوق من الضياع، والآية محمولة على الشهادة على وجه الخصوص- بدليل سياق الآية، والأمر الوارد في الآية على التوثيق بالشهادة، وأنها من وسائل الإثبات وهذا دليل على مشروعيتها، وأنها حجة ملزمة يقتضي العمل بها[1].

ب. السنة:

أخرج البخاري عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه قال: "**كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال:(شاهداك أو يمينه)**"[2].

وجه الدلالة:

دل الحديث على طريق هامّ من طرق الإثبات في باب القضاء لفض النزاع وقطع الخصومة؛ حيث جعل الشهادة حجة ودليل لإثبات الحق، واليمين وسيلة دافعة، وهذا دليل على مشروعيتها[3].

ج. الإجماع:

انعقد إجماع الأمة على مشروعية الشهادة، والاعتماد عليها كأصل من الأصول الهامة في إثبات الحقوق لدى القضاء، وأنها حجة ملزمة للعمل بها، ولم يعرف في ذلك مخالفاً من المسلمين حتى أصبحت من المعلوم من الدين بالضرورة[4].

د. المعقول:

ولقد دعت المصلحة ومسّت الحاجة إلى إثبات الحقوق حفاظاً عليها وخوفاً على ضياعها لما يحدث من تجاحد ونكران من قبل البعض، فاقتضت المصلحة اعتبار الشهادة طريقاً من طرق الإثبات لما يحدث بها من إثبات للحق وعدم تضييعه. قال شريح: "**القضاء جمر فنحّه عنك بعودين يعني الشاهدين وإنما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء**"[5].

ثانياً- شروط الشهادة:

تكون الشهادة حجة معتبرة إذا توفرت فيها عدة شروط نذكر من أهمها الشروط الواجب توفرها في الشاهد[6]، وهي:

---

(1) ابن العربي: أحكام القرآن (251/1)؛ ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (235/1)؛ السعدي: تيسير الكريم الرحمن (110).

(2) البخاري معلقاً: في كتاب (الشهادات) باب (يحلق المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين ولا يصرف من موضع إلى غيره)(237/2).

(3) ابن حجر: فتح الباري (615/5).

(4) ابن المنذر: الإجماع (63-64)؛ الأسيوطي: جواهر العقود (347/2)؛ ابن حزم: المحلى (400/9).

(5) ابن قدامة: المغني (146/9).

(6) وهناك شروط أخرى: منها ما يرجع إلى المشهود به، ومنها ما يرجع إلى الشهادة ذاتها. فمن الشروط التي ترجع إلى المشهود به: أن يكون المشهود به معلوماً للشاهد عند أداء الشهادة؛ فإن كانت الشهادة على مجهول لا تصح. الرملي: نهاية المحتاج (293/8). وأما ما يرجع إلى الشهادة ذاتها: أ. أن تكون الدعوى في الشهادة على حق من حقوق العباد، أما إذا كانت الدعوى على حقوق الله تعالى؛ فلا يشترط فيها وجود الدعوى، ب. أن تؤدى الشهادة بلفظ أشهد، وهذا قول جمهور العلماء، ج. عدم الشهادة على الشهادة؛ كأن يشهد الشاهد على شهادة غيره... إلى غير ذلك من الشروط. ابن عابدين: رد المحتار (963/5)؛ الزيلعي: تبيين الحقائق (207/4)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (164/1)؛ الدردير: الشرح الصغير (238/4).

1. الإسلام، والبلوغ، والعقل: فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم ولا المجنـــون ولا الـــصبي الصغير ولا السفيه.

2. العدالة والحرية: فلا تقبل شهادة الفاسق ولا العبد.

3. أن يكون الشاهد ناطقاً أو بالإشارة المفهومة من الأخرس.

4. الحفظ والضبط: وذلك بأن تكون الشهادة عن علم ويقين، فلا تقبل شهادة المغفل الـــذي لا يضبط.

5. ألا يكون محدوداً في قذف[1].

6. يشترط كذلك في الشاهد عدم التهمة في شهادته.

7. أن يكون الشاهد عالماً بالمشهود به وقت أداء الشهادة، وأن يسبق الشهادة الإنكار.

8. أن يؤدي الشاهد شهادته بلفظ أشهد، أو بأي لفظ أو صيغة تؤدي معناها، كأعلم، وأجـــزم، وأتيقن، أو رأيت أو سمعت[2]... وما إلى غير ذلك[3].

ثالثاً- نصاب شهادة الكفالة:

والنصاب: هو القدر المعتبر لقبولها، وكذلك هو المعتبر لوجودها الشرعي، ويعتمـــد نـــصاب الشهادة على العدد، وبيانه الآتي:

أ. شهادة الرجلين:

القاعدة العامة المعروفة عند الفقهاء والتي اتفقوا عليها: أن شهادة الـــرجلين حجـــة شـــرعية كاملة[4].

فإذا ادعى رجل على آخر أنه كفيل بإحضار بدن فلان، أو تسليمه له فـــأنكر الكفيـــل، وقـــام المدعي بإحضار رجلين يشهدان له على صدق دعواه، يكون قد أقام بيّنة كاملة يستحق بها ما ادعاه. يقول القرافي: "**ما علمت عندنا ولا عند غيرنا خلافاً في قبول شهادة شاهدين مسلمين عدلين فـــي الدماء والديون**"[5].

---

[1] إلا إذا تاب توبة صادقة، على رأي جمهور الفقهاء. القرطبي: الكافي (463)؛ الرافعي: الشرح الكبير (37/13)؛ ابن قدامة: المغني (99/14).

[2] ابن الهمام: فتح القدير (376/7)؛ ابن عابدين: رد المحتار (473/5)؛ ابن قدامة: المغني (131/14).

[3] السمرقندي: تحفة الفقهاء (361/3)؛ الكاساني: بدائع الصنائع (267/6)؛ الدردير: الشرح الـــصغير (239/4)؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي (165/4)؛ الشيرازي: المهذب (324/2)؛ النووي: روضة الطالبين (222/11)؛ ابـــن النجار: منتهى الإرادات (657/2)؛ ابن القاسم: حاشية الروض المربع (590/7).

[4] ابن المنذر: الإجماع (63).

[5] القرافي: الفروق (1233/4).

ب. شهادة الرجل وامرأتين:

علمنا أن شهادة الرجلين حجة كاملة عند الفقهاء، وأن شهادة الرجل مع امرأتين تقبل في الأموال لقوله تعالى: ﴿... **فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ...الآية**﴾[1]، ولكن هل تقبل شهادة الرجل والامرأتين في الكفالة بحيث إذا أنكر الكفيل فقام المدعي (المكفول له) بإحضار رجل وامرأتين يشهدون له على صدق دعواه؛ فهل تثبت الكفالة بهذه الشهادة؟.

اختلف الفقهاء في إثبات الكفالة بالنفس بشهادة الرجل والمرأتين لاختلافهم في إثبات ما ليس بمال ولا يؤول إلى مال، كأحكام الأبدان والأحوال الشخصية... وغيرها، وذلك إلى مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية- خلافاً للجمهور- إلى أن شهادة الرجل والمرأتين هي بيّنة شرعية تثبت بها جميع الحقوق إلا ما ورد النص على منعه، ولم يرد المنع إلا في الحدود والقصاص، وعليه فإذا أحضر المدعي رجلاً وامرأتين يشهدون له على صدق دعواه، لزم القاضي الحكم بهذه البيّنة الشرعية[2].

المذهب الثاني: ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز القضاء بشهادة الرجل والمرأتين إلا في الأموال فقط لقوله تعالى: ﴿...**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ...الآية**﴾[3]، فالآية الكريمة ذكرت المال ولم تتعداه إلى غيره فاقتصر الأمر على المال[4]. مع أن جمهور الفقهاء ومنهم أئمة المذاهب الأربعة يقولون بجواز الكفالة بالنفس إذا كانت بسبب المال[5].

والذي أراه راجحاً هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهم الحنفية ومن وافقهم- من أن الشهادة بالرجل والمرأتين- تثبت بهما جميع الحقوق إلا الحدود والقصاص لورودهما بالمنع، وذلك لمسيس الحاجة الداعية وهي وقوع التجاحد بين الناس.

---

(1) سورة البقرة: جزء من الآية (282).

(2) الزيلعي: تبيين الحقائق (209/3)؛ ابن نجيم: البحر الرائق (62/7)؛ الموصلي: الأخيار (545/1).

(3) سورة البقرة: جزء من الآية (282).

(4) المواق: التاج والإكليل (180/6)؛ ابن جزي: القوانين الفقهية (265-266)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (214/1)؛ الشيرازي: المهذب (631/5)؛ القليوبي وعميرة: حاشيتا (494/4-495)؛ البهوتي: كشاف القناع (429/6)؛ ابن قدامة: المغني (148/9)؛ ابن القيم: الطرق الحكمية (167- وما بعدها)؛ موسوعة الفقه الإسلامي (358/12).

(5) السرخسي: المبسوط (162/19)؛ ابن الهمام: فتح القدير (165/7)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (1955/4)؛ الشربيني: مغني المحتاج (203/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (96/5).

ج. الشاهد واليمين:

وهو أن يأتي المدعي بشاهدٍ واحدٍ فقط، ويتعذر عليه أن يأتي بشاهدٍ ثانٍ لإكمال نصاب الشهادة الشرعي، فيطلب القاضي يمين المدعي مع الشاهد لكي يقوم مقام الشاهد الثاني، فهل الشاهد واليمين تثبت بهما الكفالة بالنفس؟!.

- **أنكر الحنفية وبعض المالكية** القضاء بالشاهد واليمين؛ وذلك لأن المراد من الآيات رجلين أو رجل وامرأتين لا سواهما، وعليه لا يقضي بهما في شيء[1].

وعليه فلم يثبتوا الكفالة بشاهد ويمين.

- **وذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة** إلى القول بعدم جواز القضاء بالشاهد واليمين إلا في الأموال؛ لأن الشاهد واليمين وسيلة احتياطية في الإثبات، وليست أصلية، وقد ثبت القضاء بهما في الأموال فقط وتلقته الأمة بالقبول[2].

وقد بيّنّا أن الجمهور يقول بجواز الكفالة بالنفس إذا كانت بسبب المال.

وعليه فيجوز عند الجمهور إثبات الكفالة بالنفس بشاهد ويمين.

والذي أراه راجحاً هو جواز القضاء بالشاهد واليمين في الكفالة بالنفس؛ لما بيّنّاه من أن جمهور الفقهاء ومنهم أئمة المذاهب الأربعة يقولون بجوازها إذا كانت بسبب المال.

فإذا لم تتعلق كفالته للنفس بمال فالجمهور ذهب إلى عدم القضاء بالشاهد واليمين في هذه الكفالة.

خلاصة القول:

لا خلاف في إثبات الكفالة بالنفس بشهادة الشاهدين، وكذلك الراجح إثباتها بالرجل والمرأتين، وأما الشاهد واليمين فالذي أراه وتميل إليه النفس أن الكفالة بالنفس تثبت بهذه الشهادة حيث لا يتوفر دائماً الحصول على الشهداء لإثبات الواقعات، والحاجة أصبحت داعية لمثل هذه الشهادة، لاسيما لعموم البلوى في زماننا، فلو ترك العمل بمثل هذه الشهادة لأدت إلى ضياع الحقوق.

مع التأكد من سلامة دين وأدب وخلق المدعي الذي يحلف اليمين.

---

[1] ابن رشد: بداية المجتهد (2306/4)(215/1)؛ ابن جزي: القوانين الفقهية (259).

[2] ابن رشد: بداية المجتهد (2306/4)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (215/1)؛ ابن جزي: القوانين الفقهية (259)؛ الشيرازي: المهذب (636/5)؛ القليوبي وعميرة: حاشيتا (495/4)؛ البهوتي: كشاف القناع (429/6)؛ ابن القيم: الطرق الحكمية (169).

المطلب الثاني
الإقـــرار

الإقرار لغة: الإذعان للحق والاعتراف به، فهو من قَرّ، وأقرَّ بالحق: أي اعترف به، وقَرَّره بالحق حتى أقر به[1].

الإقرار اصطلاحاً: هو: "**إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه**"[2].

علمنا فيما سبق أنه إذا ادعى شخص على آخر حقاً، فحينئذ إما أن ينكر المدعى عليه فيلـــزم المدعي إقامة البينة لإثبات ما ادعاه، وإما أن يقر المدعى عليه فيُقطع النـــزاع، وينتهـــي الخـــلاف، ويحسم به القضاء. وهذا ما يسمى بالإقرار.

أولاً- مشروعية الإقرار:

اتفق الفقهاء على مشروعية الإثبات بالإقرار، مستدلين على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع.

أ. الكتاب:

قال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُــوا كُونُــوا قَــوَّامِينَ بِالْقِــسْطِ شُــهَدَاءَ لِلَّــهِ وَلَــوْ عَلَــى أَنْفُسِكُمْ...الآية**﴾[3].

وجه الدلالة:

حثّت الآية الكريمة بأن يشهد العبد على نفسه بالحق، والشهادة على النفس هي الإقرار، وهذا الأمر الوارد في الآية بالاعتراف دليل على مشروعية الإقرار في إثبات الحقوق[4].

ب. السنة:

حديث العسيف الذي رواه البخاري عن أبي هريرةﷺ أن النبيﷺ قال: "...**واغدُ يــا أنــيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها**"[5].

وجه الدلالة:

يثبت الحديث صراحة حجية الإقرار، وأنه دليل قوي في الإثبات لا يحتاج إلى ما يدعمه فقــد علق النبيﷺ إقامة الحد على اعتراف المرأة، وهذا دليل على مشروعية الإقرار وأنه حجــة علــى صاحبه[6].

---

[1] ابن منظور: لسان العرب (مادة قرر)(103/5)؛ الفيروزآبادي: القاموس المحيط (416).

[2] الزيلعي: تبيين الحقائق (2/5).

[3] سورة النساء: جزء من الآية (135).

[4] ابن العربي: أحكام القرآن (505/1-506)؛ الزمخشري: الكشاف (304/1).

[5] البخاري: في كتاب (الحدود) باب (الاعتراف بالزنا)(289/4ح6827).

[6] ابن حجر: فتح الباري، كتاب (الحدود) باب (الاعتراف بالزنا)(100/14 وما بعدها)(ح6827).

ج. الإجماع:

أجمعت الأمة على مشروعية الإقرار، وأنه حجة شرعية في مختلف العصور، ودليل للقضاء، وأنه وسيلة للإثبات، ولم يخالف في ذلك أحد فكان إجماعاً[1].

ثانياً- شروط الإقرار:

من المتفق عليه عند الفقهاء أن الإقرار من أقوى وسائل الإثبات بل هو سيد الأدلة، وأنه حجة شرعية كاملة، ولكنه قاصر على المُقر نفسه لا تتعداه إلى غيره[2]، والإقرار حجة تثبت بها كل الحقوق والقضايا ومن ضمنها الكفالة، فمن أقر على نفسه بأنه كفل شخصاً معيناً ثبتت الكفالة في حقه دون حاجة إلى دليل آخر، وحتى يؤخذ بالإقرار بالأحكام لابد من توفر شروط، نذكر من أهمها:

1. أن يكون المُقر حرًّا بالغاً عاقلاً مختاراً مريداً، فلا يصح الإقرار من الصبي ولا المجنون ولا السكران ولا السفيه ولا المكره ولا المحجور عليه.

2. ألا يكون المقر متهماً في إقراره[3]. كأن يريد بإقراره تحمل الجريمة عن غيره.

ويصح الإقرار ويثبت بكل ما يدل على مراد المُقر من الاعتراف وإظهار الحق، سواءً كان ذلك باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المعهودة من الأخرس، وبيان ذلك الآتي:

أولاً- اللفظ:

واللفظ قد يكون صريحاً، وقد يكون غير صريح.

أ. فالصريح:

بأن يقر الكفيل صراحة مثلاً بالكفالة بالنفس، كأن يقول: أنا مُقر بكفالة فلان، أو بإحضار فلان ببدنه، ويصح الإقرار بكل لفظ من ألفاظ الكفالة بالنفس، كأن يقول: أنا به زعيم، أو قبيل، أو في ذمتي، أو عندي، أو عليَّ...[4].

---

[1] الزيلعي: تبيين الحقائق (3/5)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (397/3)؛ الرملي: نهاية المحتاج (95/5)؛ الشربيني: مغني المحتاج (238/2)؛ البهوتي: كشاف القناع (453/6)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (271/5)؛ ابن حزم: مراتب الإجماع (56).

[2] الزيلعي: تبيين الحقائق (3/5)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (397/3)؛ الشربيني: مغني المحتاج (238/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (271/5)؛ الزحيلي: وسائل الإثبات (241/1).

[3] ابن عابدين: رد المحتار (589/5- وما بعدها)؛ تبيين الحقائق (3/5- وما بعدها)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (397/3- وما بعدها)؛ الرملي: نهاية المحتاج (95/5- وما بعدها)؛ الشربيني: مغني المحتاج (238/2-239)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (272/5- وما بعدها).

[4] انظر (ص46- وما بعدها) من هذا البحث.

وقد يأتي الإقرار جواباً عن السؤال بالتصديق:

كأن يقول المدعي للكفيل ألم تتكفل لي بنفس فلان: فيجيب الكفيل بنعم، أو بلا، أو صدق، أو أشهد، وأنا مقر بدعواك...؛ لأن جواب السؤال إعادة له[1].

ب. وقد يكون اللفظ غير صريح: بأن يدل على الإقرار ضمناً:

مثال ذلك: كقول المدعي للكفيل أليس لي عليك أن تحضر فلان ببدنه؛ فيقول الكفيل: أمهلني، أو أجلني، أو ليس لي ميسرة أو برهة... وإلى غير ذلك من طلب التأجيل، فهذه الألفاظ موضوعة للتصديق فيكون مصدقاً له بها[2].

ثانياً- الكتابة:

فكما يصح الإقرار باللفظ يصح بالكتابة، فالكتابة أخت اللفظ، وهي التعبير عن الإرادة الداخلية للمُقر، فالعاقل لا يكتب على نفسه كذباً، وتتميز الكتابة عن اللفظ بالضبط والثبات، جاء في المجلة: "**الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان**"[3]. وسيأتي الكلام عن الإثبات بالكتابة- إن شاء الله-.

ثالثاً- إشارة الأخرس:

فكما يصح الإقرار باللفظ يصح من الأخرس بالإشارة المفهمة المعهودة لقيامها مقام نطقه بخلاف إقرار الناطق بإشارته فلا عبرة له.

وكما يصح إقرار الأخرس بإشارته يصح بكتابته، فلو كتب الأخرس مُقراً بأنه تكفل بنفس فلان، صح إقراره؛ لأن الإشارة أو الكتابة منه تقوم مقام اللفظ في الدلالة على مراده كسائر تصرفاته[4]...[5].

فإذا أقر شخص بكفالة آخر مع توفر جميع الشروط المطلوبة في المُقِر لزمته الكفالة، ويتحمل بعد ذلك كل تبعاتها والتزاماتها.

---

[1] الزيلعي: تبيين الحقائق (8/5)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (402/3)؛ الشربيني: مغني المحتاج (243/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (348/5).

[2] الزيلعي: تبيين الحقائق (7/5)؛ الخرشي: على مختصر خليل (91/5)؛ الشربيني: مغني المحتاج (244/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (348/5).

[3] مجلة الأحكام العدلية: المادة (1606)، (65).

[4] انظر (ص65- وما بعدها) من هذا البحث.

[5] الزيلعي: تبيين الحقائق (8/5)؛ مجلة الأحكام العدلية (161)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (399/3)؛ الرملي: نهاية المحتاج (76/5)؛ البهوتي: كشاف القناع (453/6).

المطلب الثالث

اليـمـين

اليمين لغة: الحلف والقسم، وسمي الحف يميناً؛ لأنهم كانوا إذا تحالفوا أو أقسموا ضرب كل واحدٍ منهم يمينه على يمين صاحبه، أو أنهم يبسطون أيمانهم فيتحالفون.

ومن المعاني اللغوية لليمين: **اليد:** وهي يمين الإنسان ضد يساره، حيث يقال لليد اليمنى يمين. ومن المعاني اللغوية لليمين أيضاً: **القوة والشدة**، قال تعالى: ﴿**لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ**﴾[1]. قال الزجاج: أي بالقدرة. **واليمين:** مؤنث، تجمع على (أيمُن، وأيْمان)[2].

اليمين اصطلاحاً: "**تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق**"، وعرفها الزحيلي: "**تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي**"[3].

ويعد اليمين وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء في إثبات الحقوق أو نفيها، وذلك عند عدم وجود البينة، وإنكار المدعى عليه للحق.

من هنا كان لليمين أهميته في الإثبات؛ لإنهاء الخلاف وفض الخصومة؛ حيث شُرِع اليمين لترجيح جانب على آخر، إما بالإقرار أو النكول عن الحق.

وسأتناول فيما يلي مشروعية اليمين وحجيته، مع بيان كيفية أدائه.

أولاً- مشروعية اليمين:

اتفق الفقهاء على مشروعية الإثبات باليمين، مستدلين على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع.

أ. الكتاب:

قال تعالى: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولَئِكَ لا خَلاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ**﴾[4].

وقال تعالى: ﴿**لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ...الآية**﴾[5].

وقال تعالى: ﴿**وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقٌّ هُوَ قُلْ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ وَمَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ**﴾[6].

---

[1] سورة الحاقة: الآية (45).

[2] ابن منظور: لسان العرف (مادة يمن)(570/13- وما بعدها)؛ الفيروزآبادي: القاموس المحيط (1118)؛ الفيومي: المصباح المنير (359/2)؛ الرازي: مختار الصحاح (744-745).

[3] الجرجاني: التعريفات (255)؛ الزحيلي: وسائل الإثبات (319/1).

[4] سورة آل عمران: الآية (77).

[5] سورة المائدة: جزء من الآية (89).

[6] سورة يونس: الآية (53).

وجه الدلالة:

حذرت الآية الأولى الذين ينفقون سلعهم بالأيمان الكاذبة، ودلت الآية الثانية على عدم المؤاخذة في اليمين اللغو كقول الرجل من غير قصد: لا والله وبلى والله، وأقررت الآية الثالثة قيام الساعة؛ حيث أمر الله تعالى نبيه محمدﷺ أن يقسم بالله على قيامها، وذلك عند إنكار الكفار لها. فهذه الآيات بمجموعها تفيد الدلالة على مشروعية اليمين[1].

ب. السنة:

أخرى مسلم عن ابن عباس– رضي الله عنهما– أن النبيﷺ قال: "**لو يُعطى الناس بدعواهم لادعى ناسٌ دماء رجالٍ وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**"[2].

وجه الدلالة:

دل الحديث الشريف على مشروعية اليمين، وأنها تتوجه للمدعى عليه لدفع الادعاء ونفيه عند عدم وجود بينة المدعي؛ حيث لا يعطى الناس بمجرد دعواهم[3].

ج. الإجماع:

انعقد إجماع الأمة سلفاً وخلفاً على مشروعية اليمين، وأنها إحدى وسائل الإثبات التي يجب العمل بها، وحكمها ثابت من زمن النبيﷺ حتى عصرنا هذا، ولم يخالف في ذلك أحد[4].

ثانياً– شروط اليمين:

من المتفق عليه عند الفقهاء أن اليمين وسيلة من وسائل الإثبات يعمل بها في القضاء حال عجز المدعي إقامة البينة والدليل على صحة قوله؛ بحيث لا يبقى له إلا يمين المدعى عليه لقول النبيﷺ : "**شاهداك أو يمينه**"[5]، وفي حديث آخر: "**...ولكن اليمين على المدعى عليه**"[6].

---

[1] الجوزي: زاد المسير (348/1)؛ المنصوري: المقتطف من عيون التفاسير (339/1–340)؛ ابن العربي: أحكام القرآن (640/2)؛ ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (89/2–90)؛ ابن عاشور: التحرير والتنوير (195/10–196)؛ المراغي: تفسير المراغي (119/10).

[2] مسلم: كتاب (الأقضية) باب (اليمين على المدعى عليه)(679/2ح4361).

[3] النووي: شرح صحيح مسلم (4708/7–4709).

[4] الزيلعي: تبيين الحقائق (107/3)؛ ابن المنذر: الإجماع (62)؛ ابن حزم: مراتب الإجماع (158)؛ أبوجيب: الإجماع (1155).

[5] سبق تخريجه، انظر (ص87) من هذا البحث.

[6] مسلم: كتاب (الأقضية) باب (اليمين على المدعى عليه)(679/2ح4361)؛ عبدالباقي: اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان (354)؛ الموصلي: مسند أبي يعلى (464/4).

وقد جاء في مجلة الأحكام (المادة 76): "**البينة للمدعي واليمين على من أنكر**"[1]. وهذا باتفاق الفقهاء[2].

فجانب المدعي ضعيف في حالة عدم وجود بينة لديه، فلم يبقَ إلا يمين المدعى عليه، والقول قوله؛ لأن الأصل براءة ذمته[3].

واليمين المعتبرة والتي يؤخذ بها في الأحكام لابد لها من شروط تتوفر في الحالف، وهي على النحو التالي:

1. أن يكون الحالف بالغاً عاقلاً مختاراً مريداً، فلا تنعقد يمين الصبي ولا المجنون ولا المكره ولا النائم ولا السكران.

2. أن يطلب المدعي اليمين من القاضي، وأن يوجه القاضي اليمين على المدعى عليه ليحلف بها.

3. أن يكون المدعى عليه منكراً للحق فيحلف ليدفع عن نفسه الشبهة[4].

4. ألا يكون المدعى به حقاً خالصاً لله تعالى كالحدود فلا توجه فيها اليمين إجماعاً.

جاء في رد المحتار: "**والحاصل أن المفتى به التحليف في الكل إلا في الحدود ومنها حدا القذف واللعان فلا يمين إجماعاً**"[5].

5. أن يكون الحق المدعي به مما يحتمل الإقرار به شرعاً من المدعى عليه[6]، وأن تكون اليمين من الحالف نفسه فلا تجوز النيابة فيحلف عن غيره[7].

ولابد من الشخص المراد منه تأدية اليمين هنا، أن يحلف عن نفسه فقط دون غيره مع تأكد القاضي من سلامة دين وخلق الحالف الذي سيؤدي اليمين؛ لأن الناس اليوم- مع فساد الزمان وخراب بعض الذمم- يمكن لأحدهم أن يحلف كاذباً ليتخلص من تأدية حق عليه أو لكسب حق لصالحه.

---

(1) مجلة الأحكام العدلية، (7).

(2) ابن المنذر: الإجماع (62).

(3) رستم باز: شرح المجلة (51).

(4) ابن نجيم: البحر الرائق (202/7-203)؛ ابن عابدين: رد المحتار (548/5)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (227/4)؛ الشيرازي: المهذب (477/4-478)؛ ابن قدامة: المغني (234/9-235).

(5) ابن عابدين: رد المحتار (551/5)؛ الغزالي: الوجيز (455-456).

(6) فلا يحلف الوكيل والوصي؛ لأنه لا يصح إقرارهم الذي هو حق الغير.

(7) الكاساني: بدائع الصنائع (345/6)؛ ابن عابدين: رد المحتار (552/5)؛ الخرشي: على مختصر خليل (87/6)؛ الشربيني: مغني المحتاج (476/4)؛ ابن قدامة: المغني (234/9).

ثالثاً– أداء اليمين:

بيّنا في الشروط أن اليمين لا تتم إلا بطلب المدعي، فيوجه القاضي اليمين للمدعى عليه، على أن يحلف المدعى عليه على نفي ما يدعيه، على أن يكون الحلف باليمين على سبيل الجزم، وبدون تردد فيها، وأن يحلف بالله تعالى على البت والقطع، وهذا باتفاق الفقهاء(1).

مثال: حلف المدعى عليه نفي الكفالة بالنفس:

وذلك بأن يحلف المدعى عليه بقوله: والله ما تكفلت له بإحضار فلان، أو: والله الذي لا إله غيره ما تكفلت له ببدن فلان...الخ.

فإذا أدى المدعى عليه اليمين؛ بأن أقسم وحلف بالله نافياً ادعاء المدعي، وأنه لم يتكفل به، حكم القاضي ببراءته من الكفالة، وتسقط الدعوى وتنتهي الخصومة، وذلك باتفاق الفقهاء(2).

– وإذا لم يؤدِّ المدعى عليه اليمين؛ بحيث نكل عن أدائها، فهل ترد اليمين على المدعي؟ فيحلف هو على حقه الذي ادعاه فيستحقه، وهي ما تسمى عند الفقهاء **باليمين المردودة**.

اختلفت كلمة الفقهاء في اليمين المردودة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية والمشهور عند الحنابلة أنه في حال نكول المدعى عليه وامتناعه عن الحلف، لا ترد اليمين على المدعي وإنما يحكم القاضي بمجرد نكول المدعى عليه عن اليمين، ففي حالة دعوى الكفالة يُلزم القاضي المدعى عليه بالكفالة بالنفس؛ لأن نكوله عن اليمين بمثابة إقرار منه بالكفالة(3).

المذهب الثاني: وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين على أن المدعى عليه إذا امتنع عن أداء اليمين، ونكل عنه، ردت اليمين على المدعي، فإن حلف؛ حكم له القاضي باليمين المردودة، واستحق ما ادعاه، وإن امتنع المدعي عن الحلف؛ سقط حقه(4).

---

(1) المرغيناني: الهداية (159/3)؛ الزيلعي: تبيين الحقائق (109/3)؛ ابن عابدين: رد المحتار (552/5-555)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (2304/4)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (230/4)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (215/2)؛ الشيرازي: المهذب (481/4، وما بعدها)؛ الغزالي: الوجيز (455)؛ الشربيني: مغني المحتاج (473/4)؛ ابن قدامة: المغني (226/9)؛ البهوتي: كشاف القناع (228/6)؛ ابن حزم: مراتب الإجماع (158-159)؛ أبوجيب: الإجماع (1156/2).

(2) ابن جزي: القوانين الفقهية (263)؛ ابن حزم: مراتب الإجماع (54)؛ أبوجيب: الإجماع (1166/2).

(3) ابن نجيم: البحر الرائق (204/7)؛ الكاساني: بدائع الصنائع (351/6)؛ ابن عابدين: رد المحتار (549/5)؛ البهوتي: كشاف القناع (333/6)؛ ابن قدامة: المغني (235).

(4) ابن فرحون: تبصرة الحكام (217/2)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (2308/4)؛ الخرشي: على مختصر خليل (241/7)؛ الشافعي: الأم (205/3)؛ البجيرمي: على الخطيب (350/4)؛ الشربيني: مغني المحتاج (477/4-478)؛ ابن قدامة: المغني (235/9)؛ البهوتي: كشاف القناع (332/6).

والذي أراه راجحاً ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني وهم الجمهور؛ حيث قالوا: في حال نكول المدعى عليه ترد اليمين على المدعي؛ فإن حلف استحق وحُكم له باليمين المردودة؛ وإن امتنع عن الحلف سقط حقه، وانتهت الخصومة وذلك للآتي:

1. أن النبيﷺ "رد اليمين على طالب الحق"[1].

2. أن اليمين المردودة، ثبتت بالإجماع، فقد فعل ذلك عمر وعثمان وعلي، ولم ينكر عليهم أحد مما يدل على مشروعية رد اليمين على المدعي في حال نكول المدعى عليه.

3. نكول المدعى عليه وامتناعه عن الحلف، يظهر صدق المدعي ويقوي جانبه، فيستحق ما ادعاه بيمينه[2].

خلاصة القول:

إذا ادعى رجل على آخر أنه كفل له بنفس فلان، فأنكر الكفيل، ولا بينة للمكفول له، لم يبقَ للمدعي إلا يمين الكفيل، وذلك بطلبه من جهة القاضي، فإن حلف الكفيل نافياً الكفالة؛ برئ وسقطت الدعوى، وإن نكل الكفيل، وامتنع عن الحلف؛ ردت اليمين على المكفول له، فإن حلف؛ حكم القاضي له بثبوت الكفالة بالنفس في ذمة الكفيل، وإن امتنع المكفول له عن الحلف سقط حقه، وانتهت الدعوى.

---

(1) ابن حجر: تلخيص الحبير (497/4)؛ الحاكم: المستدرك على الصحيحين (2522). قال الحاكم: صحيح الإسناد. ولم يخرجاه. والحديث بنصه، عن ابن عمر – رضي الله عنهما– قال: "**أن النبيﷺ رد اليمين على طالب الحق**".

(2) البجيرمي: على الخطيب (350/4)؛ ابن قدامة: المغني (229/9–235).

المطلب الرابع

الكـــتابـــة

الكتابة لغة: الأصل في الكتابة: النَّظم بالخط، يقال: كتب الشيء يكتبه كتابة، وكتبه: خطّه، واكتتبه: استملاه، واستكتبه: أي طلب منه أن يكتب له، ويطلق الكتاب على ما كتب فيه وهو مصدر، والكتابة: اسم المكتوب، والكاتب والكُتّاب: معروفان، فالكاتب: العالم؛ لأن الغالب على من كان يعرف الكتابة أن نده العلم والمعرفة، وذلك لقلة من كان يكتب، والإكتاب: الإملاء، تقول: اكتبني هذه القصيدة: أي أملها عليَّ، والكتابة لمن تكون له صناعة، مثل: الصياغة، والخياطة، والنجارة، والعطارة.

ومن المعاني اللغوية للكتابة أيضاً: **الصحيفة:** لأنه يكتب فيها. وكذلك من المعاني اللغوية: **الحكم، والفرض، والقدر**[1].

الكتابة اصطلاحاً: لم أجد فيما اطلعت عليه عند الفقهاء تعريفاً خاصاً للكتابة، ولكن ضمنوها في مصطلحات معينة كالصك، والمحضر، والوثيقة، والسجل. فالصك والسجل في اللغة: الكتاب: وهو ما يكتب فيه. **فالصك اصطلاحاً:** "**هو إقرار خطي بوقوع العقد**". أي: أن الصك هو وثيقة مثبتة، **والمحضر اصطلاحاً:** "**هو الذي كتبه القاضي فيه دعوى الخصمين مفصلاً ولم يحكم بما ثبت عنده بل كتبه للتذكر**"، **والوثيقة:** جاءت عامة تشمل المحضر، والحجة والسجل، فالسجل: هو كتاب القاضي، والحجة: هي بيان الواقعة مكتوبة وعليها توقيع القاضي. **والكتابة عرفها الزحيلي بأنها:** "**الخط الذي يُوثِق الحقوق بالطريقة المعتادة يرجع إليها عند الحاجة**"[2].

ومن المعلوم أن الناس في تعاملاتهم يعبرون عن إرادتهم بالصيغة وهي اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقدٍ تكون دلالته واضحة، فالنطق هو الأصل في البيان، والتعبير عن الإرادة في المعاملات، والعقود وسائر التصرفات، ويقوم مقام اللفظ في التعبير عن الإرادة الكتابة والخط؛ فالكتابة هي: وثيقة المعاملات بين الناس. جاء في المجلة المادة (69): الكتاب كالخطاب[3]. والمقصود كما يتم إنشاء المعاملات من بيع، وإجارة، وكفالة، ورهن... نطقاً ولفظاً، يجوز عقد هذه المعاملات بالخط والكتابة، لأن الكتابة أخت اللفظ، بل إن الكتاب وفي واقعنا المعاصر بمثابة حجة

---

[1] ابن منظور: لسان العرب (مادة كتب)(820/1-821)؛ الزبيدي: تاج العروس (444/1-445)؛ الفيومي: المصباح المنير (183/2-184)؛ المناوي: التوقيف على مهمات التعاريف (600).

[2] الفيروزآبادي: القاموس المحيط (851)؛ الزرقا: المدخل الفقهي العام (327/1)؛ المرجاني: التعريفات (205)؛ ابن عابدين: رد المحتار (369/5)؛ الزحيلي: وسائل الإثبات (417/1).

[3] مجلة الأحكام العدلية: (7).

ودليل قوي ويستند إليها في كثير من الأحكام عند الإنكار والجحود، في وقت عمت البلوى وضربت فيه الذمم.

وتتميز الكتابة عن اللفظ بالضبط والثبات، فالخط أحد اللسانين، بل هو تـصويرٌ للفـظ، لأن الخط دالٌّ على اللفظ، واللفظ دالٌّ على الإرادة[1]. لذا جاء في المجلة: الإقـرار بالكتابـة كـالإقرار باللسان[2].

من هنا سأتناول فيما يلي: مشروعية الكتاب وحجيتها مع بيان أنواعها.

أولاً- مشروعية الكتابة:

الكتابة مشروعة في جملتها لإثبات الحقوق، باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات في القضاء، وقد دل على مشروعيتها الكتاب والسنة والمعقول.

أ. الكتاب:

قال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ...الآية**﴾[3].

وجه الدلالة:

أمر الله سبحانه وتعالى بالكتابة للتوثيق والحفظ، وحث عليها بأن بـيّن سـبحانه وتعـالى أن الشخص الذي يكتب لابد أن يكون ممن يحسن الكتابة ويجيد الخط، ويعلم بفقه العقود وكيفية توثيقهـا في معاملات الناس.

والمراد من الكتابة في الآية، لتكون دليلاً وحجة عند الجحود والإنكار؛ بأن يثبت من خلالهـا الحق فتكون وسيلة لفض النزاع أمام القضاء وهذا دليل على مشروعيتها[4].

ب. السنة:

أخرج البخاري عن أبي هريرةﷺ قال: "**لما فتحت مكة قام رسول اللهﷺ فقال: من قتـل لـه قتيل فهو بخير النظرين! إما يُودَى، وإما يُقاد، فقام رجل من أهل اليمن يقال له أبوشـاه، فقـال: اكتب لي يا رسول الله، فقال رسول اللهﷺ: اكتبوا لأبي شاه**"[5].

وجه الدلالة:

أن النبيﷺ أمر بالكتابة لأبي شاه، وهذه الكتابة إنما هي في الأحكام، لإظهارهـا والاعتمـاد عليها عند الحاجة، مما يدل على مشروعية الكتابة في توثيق الحقوق وإثباتها[6].

---

(1) ابن القيم: الطرق الحكمية (224)؛ على حيدر: درر الحكام (61)؛ رستم باز: شرح المجلة (900).

(2) مجلة الأحكام العدلية: المادة (1606)(165)؛ الزرقا: المدخل الفقهي العام (338/1).

(3) سورة البقرة: جزء من الآية (282).

(4) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (334/1- وما بعدها)؛ أبوزهرة: زهرة التفاسير (1065/2- وما بعدها).

(5) البخاري: في كتاب (الديات) باب (من قتل له قتيل فهو بخير النظرين)(301/4-302ح6880).

(6) ابن حجر: فتح الباري، كتاب (الديات) باب (من قتل له قتيل فهو بخير النظرين)(189/14- وما بعدها).

ج. المعقول:

تعتبر الكتابة دلالة اللسان بالتعبير، وقد اعتمد الناس قديماً وحديثاً على الكتابة في جميع معاملاتهم وشئون حياتهم، فلجأوا إليها في إثبات الحقوق، ولو ترك العمل بحجيتها؛ لأدى إلى تعطيل مصالح الناس وتضييع حقوقهم[1].

ثانياً- حجية الكتابة:

لما اعتاد الناس التعامل بالصكوك والوثائق، واعتمدوا عليها في إثبات حقوقهم، لاسيما عند الجحود والإنكار، وأصبحت الكتابة اليوم بمثابة الدليل الأقوى، والحجة التي يُستند إليها في كثير من الأحكام، كانت حجيتها في الإثبات كالإقرار ملزمة للقضاء ليحكم بموجبها[2].

وقد أخذت مجلة الأحكام بالكتابة وقبلت الإثبات بالصكوك في الدين وقيود التجار إذا كانت سالمة عن شبهة التزوير[3]، وعلى هذا أقر الفقهاء أنه يقوم مقام النطق ثلاثة أمور: الكتابة، وإشارة الأخرس، والتعاطي[4]. يقول ابن نجيم: "**وكتبنا في القضاء من الفوائد أنه يعمل بدفتر البياع والسمسار والصراف، والخط فيه حجة**"[5].

لذا جاء في المجلة: "**الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان**"[6].

ثالثاً- أنواع الكتابة:

والكتابة على ثلاثة أنواع:

أ. الكتابة المستبينة المرسومة:

فالمراد بالمستبينة: هي الكتابة الخطية الظاهرة الواضحة، والمفهومة عباراتها، المكتوبة على شيء قد ثبتت عليه من ورق أو صحيفة أو صك ومما هو معهود.

والمراد بالمرسومة: هي المعنونة باسم كاتبها أو المتكلم، وباسم المكتوب إليه مع سبب تحرير هذا الكتاب، بحيث تكون موقعة باسم المرسل، وأن تكون الكتابة بما جرت العادة به عند الناس كلٌ في زمانه[7]،[8].

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار (437/5)؛ ابن القيم: الطرق الحكمية (224)؛ المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني: (959).

[2] ابن القيم: الطرق الحكمية (224).

[3] رستم باز: شرح المجلة (901-902).

[4] الزرقا: المدخل الفقهي العام (326/1).

[5] ابن نجيم: الأشباه والنظائر (341).

[6] مجلة الأحكام العدلية: المادة (1606)(165).

[7] فقد جرت العادة من قبل أن يُكتب الكتاب أو الصك على ورق ويختم أعلاه، والكتاب الذي لا يكون على هذه الصورة لا يعد مرسوماً، أما في زماننا فالكتاب أو الصك يُعد مرسوماً سواء أكان بالختم أم بالتوقيع على حد سواء. علي حيدر: درر الحكام (61).

[8] ابن عابدين: رد المحتار (436/5)؛ الشربيني: مغني المحتاج (5/2)؛ علي حيدر: درر الحكام (61)؛ رستم باز: شرح المجلة (900- وما بعدها)؛ الزرقا: المدخل الفقهي العام (326/1-327)؛ الزحيلي: وسائل الإثبات (418/1).

ويمكنني تعريف الكتابة المستبينة المرسومة بأنها: "كل خطٍّ مرسومٍ من قبل صاحبه، على وسيلة حفظٍ معهودة عرفاً، مختوم بتوقيع يده".

– وهذا النوع من الكتابة: هو المعتبر في إثبات الحقوق، والمقبول لدى فقهاء المذاهب. جاء في درر الحكام: "**والحاصل أن كل كتاب يحرر على الوجه المتعارف من الناس حجة على كاتبه كالنطق باللسان**"[(1)].

وقد ذكرت المجلة مثالاً، وفيه: إذا قام رجل بكتابة صكٍّ أو سندٍ أو استكتب آخر، بحيث كان الكتاب مرسوماً وفق العادة المعمول بها، موقعاً من صاحبه يعد إقراراً بالكتابة معتبراً كتقريره باللفظ[(2)]، لذا جاء: "**الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان**"[(3)].

ب. الكتابة المستبينة غير المرسومة:

هي الكتابة غير المعنونة: بمعنى لا يوجد اسم للمرسِل ولا المرسل إليه، ومكتوبة على غير المعتاد من لوحٍ، أو ورق شجر أو حائط أ، بلاطة، ثبتت عليه[(4)].

فهذا النوع من الكتابة لا قيمة له ولا يحتج به في حق صاحبه، فقد يكون من باب اللعب أو التجربة، لذلك هذا النوع من الكتابة يحتاج ما يقويه ويؤيده كالنية، أو الإشهاد عند كتابته أو الإملاء حتى تعتبر حجة بحق صاحبها[(5)].

ج. الكتابة غير المستبينة:

وهي الكتابة التي ليس لها بقاء بعد الفراغ منها ولا يظهر فيها الخط[(6)].

مثال ذلك: كالكتابة على الماء أو في الهواء[(7)].

فهذا النوع من الكتابة من باب العبث الذي لا قيمة له، ولا يؤخذ به باتفاق المذاهب لتعذر فهم المطلوب[(8)].

---

(1) علي حيدر: درر الحكام (62).

(2) مجلة الأحكام العدلية: (165)؛ رستم باز: شرح المجلة (901).

(3) مجلة الأحكام العدلية: المادة (1606)(165).

(4) الشربيني: مغني المحتاج (5/2)؛ علي حيدر: درر الحكام (62).

(5) نفس المرجع السابق.

(6) الزحيلي: وسائل الإثبات (419/1).

(7) علي حيدر: درر الحكام (62)؛ حسين: أدلة الإثبات (332).

(8) الكاساني: بدائع الصنائع (159/3)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (54/2)؛ الشربيني: مغني المحتاج (5/2)؛ البهوتي: كشاف القناع (281/5).

خلاصة القول:

أن الكتابة أخت اللفظ في الدلالة على المراد، بل هي ترجمان اللسان، فالعاقل لا يكتب على نفسه كذباً، لذا أصبحت الكتابة اليوم من الأهمية بمكان لتميزها بالضبط والثبات.

وعليه لو التزم شخص لآخر بالكفالة بالنفس، فطلب المكفول له وثيقة أو كتاباً تُثبت هذه الكفالة، فكتب الكفيل صكاً أو كتاباً يظهر ذلك فيه، أو استكتب كاتباً فقال له اكتب صكاً أو سنداً يحتوي إني كفيل لعمروٍ مثلاً بإحضار نفس زيدٍ إليه، ومختوم بتوقيعه، يعتبر هذا الكتاب حجة عليه، ويلزمه كالإقرار اللفظي، بحيث لو أظهر المكفول له وثيقة تدل على أن فلاناً كفيل بالنفس عنده اعتبرت هذه الوثيقة ملزمة للكفيل بإحضار مكفوله.

المبحث الثاني

الإجراءات التطبيقية للكفالة بالنفس

وفيه مطلبان:

- **المطلب الأول: حق المكفول له مطالبة الكفيل بإحضار المكفول عنه.**

- **المطلب الثاني: رجوع الكفيل إلى المكفول عنه بالغرامة أو الأجرة.**

المطلب الأول

حق المكفول له مطالبة الكفيل بإحضار المكفول عنه

اتفق العلماء على أن من حق المكفول له مطالبة الكفيل بإحضار المكفول عنه كلما كان المكفول عنه معلوم محل الإقامة للكفيل ومادام إحضاره ممكناً؛ بحيث لا يوجد مانع يمنع من تسلمه، ولكن توجد بعض التفصيلات التي اختص بها كل مذهب في الطرق التي يتم بها إحضار المكفول عنه وما يترتب على عدم الإحضار من إجراءات على النحو الآتي:

أولاً- مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن الكفيل بالنفس مطالب بإحضار المكفول عنه وفاءً بما التزمه، فإن أحضره برئت ذمته، وإن قصر بعدم إحضاره حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستلزم عليه، ولكن لا يحبسه من المرة الأولى لعله ما دري لماذا يُدعى[1].

فلو غاب المكفول عنه وكان مما يرجى حضوره؛ بحيث علم الكفيل مكانه؛ فإن الحاكم يمهل الكفيل ويؤجله إلى مدة معينة يمكنه الإحضار فيها وقد تقدر هذه المدة بمدة ذهابه ومجيئه؛ فإن مضت المدة ولم يحضره وبان للقاضي مماطلته فإنه يحبس الكفيل لعدم أدائه ما التزم به من إحضار المكفول عنه، فإن ظهر للقاضي عجز الكفيل وأنه يتعذر عليه الإحضار بدلالة الحال أو بشهادة الشهود يخرجه من الحبس ويمهله إلى حين القدرة على إحضاره لأنه بمنزلة المفلس في حق الدين[2].

وإذا أخرجه القاضي فللمكفول له الحق أن يلازمه ولا يحول القاضي بين الكفيل والمكفول له ولكن ليس للمكفول له أن يمنعه من أعماله وكسبه كما في الإفلاس سواء[3].

فإن أقام المكفول له بينة على أن المكفول عنه في مكان معين فحينئذ يؤمر الكفيل بالذهاب لإحضاره[4].

ثانياً- المالكية:

ذهب المالكية إلى أن الكفيل يلزمه التفتيش عن المكفول عنه، ثم يقوم بدلالة المكفول له على مكانه ويخلي بينهما[5].

---

[1] السرخسي: المبسوط (162/19)؛ المرغيناني: الهداية (87/3)؛ ابن عابدين: رد المحتار (290/5).

[2] الكاساني: بدائع الصنائع (15/6)؛ ابن الهمام: فتح القدير (167/7-168)؛ السمرقندي: تحفة الفقهاء (243/3-244).

[3] السمرقندي: تحفة الفقهاء (244/3)؛ ابن عابدين: رد المحتار (291/5).

[4] ابن الهمام: فتح القدير (168/7).

[5] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (346/3)؛ الخرشي: على مختصر خليل (36/5)؛ عليش: شرح منح الجليل (244/6).

فإن ادعى الكفيل أنه لا يجده بعد بذل وسعه في طلبه ولم يظهر منه أي تقصير وعجز عن إحضاره برئ وصدق فيما ادعاه بعد أن يحلف أنه ما قصر في طلبه ولا دلس ولا يعرف له مستقراً.

فإن رفض أن يحلف غرم؛ لأنه بالامتناع كأنه مقر بالتفريط أو التدليس أو أنه يعرف مكانه[1].

أما إذا فرط الكفيل في طلب المكفول عنه بأن علم مكانه وأخفاه عن المكفول له أو طلبه وقام بالتفتيش عليه في المكان الذي يظن أنه لا يكون موجود به وترك المكان الذي يظن أنه فيه فإن الكفيل يغرم لتفريطه[2].

وكذلك يغرم الكفيل إذا لقي المكفول عنه فتركه أو لم يرشد المكفول له عليه أو قام بتهريبه؛ لأنه كالقاصد إتلاف مال غيره بعد أن التزم صيانته، هذا إن كان المكفول عنه مطلوباً بدين.

أما إن كان المكفول عنه مطلوباً بجراح أو قصاص أو حدٍّ وفرط الكفيل في إحضاره؛ فإن الكفيل يعاقب بالتعزير من قبل الحاكم بحسب اجتهاده[3].

ثالثاً- الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أنه إن تعين في عقد الكفالة مكان لتسليم المكفول عنه وجب على الكفيل تسليمه في المكان المعين؛ هذا إن كان المكان المعين صالحاً للتسليم وإلا تعين مكان آخر.

فإن أتى الكفيل بالمكفول عنه في غير محل التسليم، جاز للمكفول له قبوله وله أن يمتنع إن كان له غرض من الامتناع؛ كأن يريد مكاناً يجد فيه من يعينه على تسلمه، فإن رفض المكفول له تسلمه مع إمكانية ذلك؛ دفع الكفيل المكفول عنه إلى الحاكم ليتسلمه عنه، فإن لم يكن الحاكم؛ سلمه إلى المكفول له وأشهد شاهدين أنه تم دفعه إليه[4].

وفي حال إعلام الكفيل بمكان وجود المكفول عنه وجب عليه إحضاره ولو كان فوق مسافة قصر ويمهل مدة الذهاب والرجوع على العادة عند أمن الطريق، وتكون مؤنة السفر من مال المكفول له، فإن مضت الفترة المقررة ولم يحضره حُبس الكفيل حتى يؤدي دين المكفول له لأنه قصر في إحضاره[5].

---

[1] المواق: التاج والإكليل (116/5)؛ الخرشي: على مختصر خليل (36/5)؛ الدردير: الشرح الصغير (453/3)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (118/4).

[2] مالك: المدونة الكبرى (129/4)؛ الدردير: الشرح الصغير (453/3)؛ الجعلي: سراج السالك (155/1).

[3] عليش: شرح منح الجليل (244/6)؛ المواق: التاج والإكليل (116/5)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (118/4).

[4] الهيثمي: تحفة المحتاج (303/2)؛ الشربيني: مغني المحتاج (204/2)؛ النووي: روضة المكفول لهين (256/4).

[5] الغمراوي: السراج الوهاج (242)؛ القليوبي وعميرة: حاشيتا (523/2-524)؛ الكوهجي: زاد المحتاج (229/2).

وفي حال غاب المكفول عنه، ولم يعرف الكفيل مكانه لم يُلزم بإحضاره ويكون القول قوله[1].

رابعاً- الحنابلة:

وذهب الحنابلة إلى أنه إن تعين مكان لتسليم المكفول عنه لزم الكفيل إحضاره في المكان المعين وفاءً لشرطه، فإن أحضره في غير المكان المعين؛ لم تبرأ ذمته من الكفالة، وإن كانت الكفالة مطلقة دون تعيين المكان والزمان؛ تعين على الكفيل إحضار المكفول عنه في محل عقد الكفالة[2]، وإن سلم المكفول عنه نفسه للمكفول له برئ الكفيل[3].

وفي حال غياب المكفول عنه وكان الكفيل على علم بمكانه أُمهل بقدر ذهابه إليه وإحضاره، فإن لم يحضره أو لم يدر مكانه ضمن ما عليه من الدين لتقصيره في تقصي حاله، إلا إذا شرط أنه في حال عدم مقدرته على إحضاره لا يلزمه ما عليه من دين فحينئذ لا يضمن عملاً بشرطه[4].

وإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم الكفيل إحضار المكفول عنه قبل حلول الأجل، لأنه يشبه الدين المؤجل، فلو أحضره قبل حلول الأجل ولا ضرر يلحق المكفول له في تسلمه لزمه قبضه وتسلمه[5].

فإن حل الأجل وأحضره وسلمه للمكفول له برئ الكفيل حتى ولو امتنع المكفول له من تسلمه وكذلك ولو لم يشهد عليه[6].

تنبيه: ذهب الفقهاء أنه إن تكفل الكفيل بنفس رجل، ثم ارتد المكفول عنه ولحق بدار الحرب ينظر:

1. إذا كان الكفيل قادراً على إرجاعه بأن كان بين المسلمين وأعدائهم موادعة، يمهل الكفيل مدة ذهابه وإيابه لإحضاره، ولا تسقط عنه الكفالة.

2. وإن تعذر على الكفيل إحضار المكفول عنه لوجود ما يمنعه من عدم الموادعة وأمن الطريق وخوفه على نفسه، يبرأ الكفيل من الكفالة لعجزه البيّن عن الإتيان به[7].

---

[1] الكوهجي: زاد المحتاج (229/2)؛ الغمراوي: السراج الوهاج (242).

[2] المرداوي: الأنصاف (215/5)؛ ابن قدامة: المقنع (119/2).

[3] ابن قاسم: حاشية الروض المربع (112/5)؛ الحنبلي: دليل المكفول له (142).

[4] البهوتي: دقائق أولي النهى (254/2)؛ ابن قاسم: حاشية الروض المربع (113/5).

[5] المقدسي: الأقناع (184/2)؛ البهوتي: كشاف القناع (366/3)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (98/5).

[6] البهوتي: كشاف القناع (366/3)؛ المقدسي: الأقناع (184/2).

[7] ابن الهمام: فتح القدير (168/7)؛ عليش: شرح منح الجليل (239/6)؛ العمراني: البيان (351/6)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (98/5).

خلاصة القول:

أن الكفيل ملزم بإحضار وتسليم المكفول عنه في الوقت المعين للتسليم، وذلك في حال كان محل إقامة الكفيل معلوماً، فإذا كان محله مجهولاً، أو كان غائباً في مكان بعيد يمهل الكفيل مدة معينة يمكنه فيها إحضاره، فإن قصر في إحضاره؛ **فالحنفية والشافعية:** ذهبوا بالقول إلى حبس الكفيل، **والمالكية والحنابلة:** قالوا يضمن ما على المكفول من الدين، **وانفرد الحنابلة بالقول:** إلا إذا شرط الكفيل على نفسه حال عقد الكفالة إذا لم يتمكن من إحضاره فلا يلزمه الدين؛ فحينئذ لا يضمن الدين عملاً بشرطه.

هذا إذا كان المكفول عنه مطلوباً بدين، أما إن كان مطلوباً بعقوبة كحدٍّ أو جراح أو قصاص، وفرط الكفيل أو قصر؛ **فالمالكية قالوا:** يعاقب الكفيل بالتعزير. وفي حال غياب المكفول عنه، بحيث لا يعلم الكفيل مكانه، أو عجز عن إحضاره؛ **الحنفية قالوا:** يمهل إلى حين المقدرة، **والمالكية قالوا:** يبرأ من الكفالة، **والشافعية قالوا:** لا يُلزم بإحضاره.

الترجيح:

الذي أراه راجحاً في هذه المسألة بعمومها الآتي:

1. في حال ثبتت مماطلة الكفيل بالنفس وتقصيره في إحضار مكفوله مع قدرته على إحضاره؛ يحبس الكفيل وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، وذلك: لأن شريح القاضي حبس ابنه في مثل هذه الحالة.

2. وفي حال ثبت تعذر الكفيل وعجزه عن إحضار مكفوله؛ يبرأ الكفيل من الكفالة؛ لأن بقاءها عليه فيه تكليف المشقة والحرج، وقد قال الله تعالى: ﴿**...وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...الآية**﴾[1]، وقال تعالى: ﴿**لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا...الآية**﴾[2].

---

[1] سورة الحج: جزء من الآية (78).

[2] سورة البقرة: جزء من الآية (286).

المطلب الثاني

رجوع الكفيل إلى المكفول عنه بالغرامة أو الأجرة

من المتفق عليه عند الفقهاء، أن مقتضى عقد الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول عنه وتسليمه للمكفول له في الوقت المعين لذلك، وبهذا يتم مقصود العقد وتبرأ ذمة الكفيل من الكفالة.

ولكن إذا ما قصر الكفيل في إحضار المكفول عنه بلا عذر؛ فإن بعض العلماء قالوا بأنه يضمن ما على المكفول عنه من الدين، كما سبق بيانه عند المالكية والحنابلة[1]، فإذا ما قام الكفيل فعلاً بالضمان وتحمل الغرامة، فهل يجوز له أن يرجع في ذلك إلى المكفول عنه؟ وهل للكفيل الحق في أخذ الأجرة عن كفالته؟.

أ. هل يجوز للكفيل أن يرجع إلى المكفول عنه ويطالبه بما غرمه عنه أم لا؟

في حال غرم الكفيل وأدى الدين عمن كفله جاز له أن يرجع بما أدى، وذلك في حال ما إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه، وهذا باتفاق العلماء؛ لأن الكفيل في هذه الحالة بمنزلة المُقرض بأداء المال وهو نائب عنه بالأداء إلى المكفول له، والمكفول عنه بمنزلة المستقرض، والمقرض يرجع إلى المستقرض ما أقرضه[2].

أما إذا كانت الكفالة بغير أمر المكفول عنه، فقد اختلف العلماء في رجوع الكفيل إليه بما أدى إلى مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يجوز للكفيل الرجوع إلى المكفول عنه بما أدى؛ لأنه متبرع بكفالته[3].

المذهب الثاني: ذهب المالكية وبعض الحنابلة إلى أنه يجوز للكفيل الرجوع إلى المكفول عنه بما أدى مطلقاً، سواء أكانت الكفالة بأمر المكفول عنه أم لا[4].

والذي أراه راجحاً هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني القائلين بجواز رجوع الكفيل إلى المكفول عنه بما أداه مطلقاً؛ لأنه وإن كان الكفيل متبرعاً بكفالته، فإن المقصود من كفالته إحضار نفس المكفول عنه لا تأدية ما عليه من مال، وربما لو علم الكفلاء أنهم سيغرمون دون أن يكون لهم حق الرجوع إلى المكفول عنه ما كفل أحدٌ أحداً.

---

[1] انظر (ص108) من هذا البحث.

[2] ابن عابدين: رد المحتار (314/5)؛ البغدادي: مجمع الضمانات (595/2)؛ الإحسائي: تبيين المسالك (26/4)؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (336/3)؛ الأنصاري: أسنى المطالب (614/4)؛ النووي: روضة الطالبين (266/4)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (86/5).

[3] البغدادي: مجمع الضمانات (595/2)؛ الأنصاري: أسنى المطالب (613/4).

[4] الصاوي: بلغة السالك (157/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (88/5).

ب. هل يحق للكفيل أن يأخذ أجراً مقابل كفالته؟

لا خلاف بين أئمة المذاهب الأربعة أن الكفالة من عقود التبرع والتي لا تجوز بالجعل[1]، فضلاً عن أخذ الأجرة، فالأصل فيها الغرم لا الغنم.

فقد جاء في شرح فتح القدير: "الكفالة عقد تبرع كالنذر؛ لا يقصد به سوى ثواب الله"[2].

لذلك يرى الإمام مالك أن الكفالة من وجه الصدقة؛ حيث قال: "لا خير في الكفالة بجعل"[3].

وجاء في كتاب الأم أن الإمام الشافعي قال: "الكفالة استهلاك مال لا كسب مال"[4].

وجاء في المغني: "الضمين والكفيل على بصيرة أنه لاحظ لهما... واعتبر الكفالة كالنذر"[5].

ومع بيان وثبوت أن الكفالة عقد تبرع، وأن المراد بها قصد الأجر والثواب من الله، فأنه يبقى للكفيل الحق في أخذ مقابل أو أجر على كفالته جراء ما يبذله من جهد وعمل وليس على الكفالة ذاتها[6]؛ فإن الكفيل قد ينقطع عن عمله لبعض الوقت، ويبذل جهداً متواصلاً أحياناً ذهاباً وإياباً، وكذلك توفير مكان للمكفول للإقامة فيه، واستخلاص بعض الأوراق الثبوتية الخاصة لدى الجهات المختصة، وكذلك مباشرة الكفيل بنفسه الجهات المختصة عند حدوث ظرف طارئ للمكفول عنه لإنهاء ما يطرأ من إشكالات.

فلو قلنا بعدم أخذ الأجر مقابل هذه الكفالة لأدى إلى تعطيل المصالح، ولاستنكف الناس عن مثل هذه الكفالات اليوم، مع العلم أن المكفول يحقق من خلال هذه الكفالة منفعة ومصلحة له قد لا تتحقق إلا بذلك[7].

---

[1] تم بيان معنى الجعالة في اللغة والاصطلاح سابقاً، انظر (ص22) من هذا البحث، فالكفالة لا تجوز بالجعل: وهو ما يجعل للعامل على عمله، والمعنى أخذ أجرة مقابل هذه الكفالة، وذهب المازري من المالكية أن عدم الجواز راجع إلى أمرين: **أولهما:** أن الكفالة في هذه الحالة من بياعات الغرر، بحيث لو أخذ الكفيل عشرة دراهم أجرة على أن يتكفل بمائة لم يدر هل يفلس من تحمل عنه أو يغيب فيغرم ويخسر حيئنذ المائة، ولم يأخذ إلا العشرة، أو يسلم من الغرامة ويفوز بالعشرة.

ثانيهما: أنه دائر بين أمرين ممنوعين: لأنه إن أدى الغريم الدين كان له الجعل باطلاً، وإن أدى الضامن أي الكفيل ورجع به على المكفول صار كأنه أسلف ما أدى وربح الجعل فكان سلفاً بزيادة. عليش: شرح منح الجليل (228/6-229).

[2] ابن الهمام: فتح القدير (181/7).

[3] المواق: التاج والإكليل (111/5).

[4] الشافعي: الأم (205/3).

[5] ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (94/5).

[6] السالوس: الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة (172).

[7] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (4178/6).

وعليه يجوز للكفيل أخذ مقابل عمله وجهده فقط لا يتعداه، وما زاد عن هذا فهو سحت حرام[1]؛ كأن يستغل الكفيل المكفول عنه ويشترط عليه نسبة معينة من الأرباح أو يعين عليه دفع مبلغ محدد من المال على أن يكون شهرياً.. وما شابه.. فهذا إجحاف وظلم وهو من باب أكل أموال الناس بالباطل، كما أنه منافٍ لأصل مشروعية الكفالة التي هي من باب التبرع والتعاون الإيجابي وتفريج كرب المكفول عنه[2].

"كما يمكن اعتبار الأجر لمكاتب الكفالات مقابل الأتعاب في إنجاز معاملة الكفالة"[3].

---

[1] السالوس: الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة (172).

[2] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (4186/6).

[3] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (4178/6).

المبحث الثالث

طرق انتهاء الكفالة بالنفس

ويشتمل على أربعة مطالب:

- **المطلب الأول: الانتهاء بالتسليم.**
- **المطلب الثاني: الانتهاء بموت الكفيل بالنفس.**
- **المطلب الثالث: الانتهاء بموت المكفول عنه.**
- **المطلب الرابع: الانتهاء بالإبراء.**

المطلب الأول

الانتهاء بالتسليم

من المتفق عليه عند الفقهاء أن مقتضى عقد الكفالة بالنفس هو أن يقوم الكفيل بإحضار وتسليم المكفول عنه للمكفول له في موضع يمكن فيه مخاصمته لاستيفاء حقه.

فإذا أحضر الكفيل المكفول عنه وسلمه للمكفول له برئت ذمته من الكفالة؛ لأن الكفيل أتى بالمقصود وهو التزامه إحضاره المكفول عنه والتخلية بينه وبين المكفول له وبهذا تنتهي الكفالة[1].

ويرى الفقهاء أن التخلية حتى تكون محققة وصحيحة لابد من انتفاء المانع الذي يحول بين الطالب من تسلمه وعدم قدرته على مخاصمته واستيفاء حقه منه؛ لأن التسليم مع وجود الحائل أو المانع ينافي مقصود العقد، كما لو قام الكفيل بتسليم المكفول عنه في السجن عند غير الحاكم، أو كان محبوساً لشخصٍ آخر غير المكفول له لم تكن تلك التخلية معتبرة؛ لأن الحبس يمنع المكفول له من استيفاء حقه. يقول السرخسي: "إن هذا التسليم بمنزلة تسليم الطير في الهواء أو السمك في الماء"[2].

أما لو كان المكفول عنه محبوساً بحقٍ في دم أو دين، ويمكن للحاكم إخراجه للمخاصمة ثم إرجاعه للحبس، فيعتبر التسليم صحيحاً، وتتحقق بذلك التخلية ويبرأ الكفيل من الكفالة بالاتفاق[3].

- فإذا كانت الكفالة قائمة على شرط التسليم في مجلس القاضي، فسلمه في موضع آخر، هل يبرأ الكفيل؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: أن الكفيل لو قام بتسليم المكفول عنه للمكفول له في الطريق أو في السوق مثلاً، وليس في مجلس القاضي برئت ذمته من الكفالة؛ لأن المقصود هو قدرة المكفول له على مخاصمة المكفول عنه، وهذا محقق: "إما بقوة نفسه أو بمعاونة الناس إياه"، وإلى هذا ذهب الحنفية[4].

---

(1) ابن الهمام: فتح القدير (168/7-169)؛ الباجي: المنتقى (80/5)؛ الشربيني: مغني المحتاج (204/2)؛ ابن قدامة: المقنع (118/2).

(2) السرخسي: المبسوط (166/19)؛ الكاساني: بدائع الصنائع (18/6)؛ ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة (655/2)؛ الباجي: المنتقى (81/5)؛ الشربيني: مغني المحتاج (204/2)؛ الأنصاري: أسنى المطالب (601/4)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (99/5-100)؛ بن ضويان: منار السبيل (94/2).

(3) ابن عابدين: رد المحتار (293/5)؛ الباجي: المنتقى (181/5)؛ الرافعي: الشرح الكبير (163/5)؛ البهوتي: كشاف القناع (366/3).

(4) السرخسي: المبسوط (165/19)؛ الزيلعي: تبيين الحقائق (149/3)؛ المرغيناني: الهداية (88/3).

المذهب الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من متأخري مشايخ الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه إن كانت الكفالة قائمة على شرط التسليم في مجلس القاضي وجب على الكفيل تسليمه في ذلك الموضع، ولا تبرأ ذمته بذلك[1]. يقول الإمام السرخسي: "أما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القاضي فإنه لا يبرأ بالتسليم إليه في غير ذلك الموضع؛ لأن في زماننا أكثر الناس يعينون المطلوب على الامتناع من الحضور لغلبة أهل الفسق والفساد"[2].

والذي أراه: إن شرط التسليم في مكان معين لزم الكفيل ذلك بناءً على الشرط وإن لم يشترط التسليم في مكان معين ففي أي موضع يمكن للمكفول له القدرة على مخاصمة المكفول عنه وسلم الكفيل المكفول عنه للمكفول له؛ برئت ذمته من الكفالة.

– فلو قام الكفيل بتسليم المكفول عنه في مجلس القاضي في بلد غير بلد الكفالة، ففي صحة تسليمه قولان:

القول الأول: أن الكفيل لا تبرأ ذمته من الكفالة، لجواز أن يكون للمكفول له بينة يستطيع إقامتها في بلد الكفالة دون غيره، أو لعدم ثقته بعدل القضاة لظهور الفساد والميل بأخذهم الرشوة أو لوجود مشقة في تسلمه، وقد ذهب إلى هذا القول الصاحبان من الحنفية، والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين[3].

القول الثاني: أن الكفيل تبرأ ذمته؛ لأن المقصود من التسليم هو إمكانية استيفاء حق الطالب وذلك ممكن من كل قاضٍ دون تعيين. قال به أبوحنيفة والحنابلة في الرواية الثانية[4].

– **أما لو سلمه في برية أو صحراء أو مغارة أو فتنة؛** فلا تبرأ ذمة الكفيل؛ لأن المكفول له لا يقدر على مخاصمة المكفول عنه في تلك الأمكنة، فكان إحضاره وتسليمه كعدمه وهذا باتفاق[5].

---

[1] ابن الهمام: فتح القدير (169/7)؛ العيني: البناية (425/8)؛ الموصلي: الأخيار لتعليل المختار (589/1)، الخرشي: على مختصر خليل (35/5)؛ المواق: التاج والإكليل (114/5)؛ الإحسائي: تبيين المسالك (31/4)؛ النووي: روضة الطالبين (256/4)؛ الشربيني: مغني المحتاج (204/2)؛ القليوبي وعميرة: حاشيتا (523/2-524)؛ ابن قاسم: حاشية الروض المربع (12/5-13)؛ المقدسي: الإقناع (184/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (99/5).

[2] السرخسي: المبسوط (165/19).

[3] البغدادي: مجمع الضمانات (580/2)؛ السرخسي: المبسوط (166/19)؛ النووي: المجموع (48/14)؛ الهيتمي: تحفة المحتاج (303/2)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (99/5).

[4] الكاساني: بدائع الصنائع (18/6)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (99/5).

[5] ابن الهمام: فتح القدير (169/7)؛ الزيلعي: تبيين الحقائق (149/3)؛ المواق: التاج والإكليل (114/5)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (117/4)؛ الكوهجي: زاد المحتاج (228/2-229)؛ الماوردي: الحاوي الكبير (147/8-148)؛ ابن قدامة: المغني الشرح الكبير (99/5).

– **وإذا كفل بنفس إلى أجل فأحضر الكفيل المكفول عنه قبل الأجل، هل يلزم المكفول له تسلمه وحينئذ يبرأ الكفيل؟**

اختلفت كلمة الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الحنفية إلى أنه إذا قام الكفيل بإحضار المكفول عنه قبل الأجل، لزم المكفول له تسلمه، ويبرأ الكفيل؛ لأن الأجل مدة مضروبة لمصلحة الكفيل حتى لا يضيق عليه في الأمر من المطالبة قبل الأجل، "فهو بمنزلة من عليه دين مؤجل فإذا قضاه قبل مضي الأجل برئ"[(1)].

المذهب الثاني: المالكية قالوا: إذا كانت الكفالة بالنفس مؤجلة، وأحضر الكفيل المكفول عنه قبل الأجل لم تسقط الكفالة، ولا تبرأ ذمة الكفيل؛ إذ لا فائدة مرجوة من إحضاره قبل حلول الأجل، فكان لابد من إحضاره في الأجل المضروب لذلك إلا إذا وافق المكفول له[(2)].

المذهب الثالث: ذهب الشافعية والحنابلة بالقول: إذا كفل بنفس إلى أجل، فقام الكفيل بإحضار المكفول عنه قبل الأجل فقبوله وتسلمه متوقف على المكفول له؛ فإن قبله برئ الكفيل من الكفالة، وإن امتنع المكفول له من تسلمه ينظر:

أ. إن كان يلحقه ضرر، كأن تكون له حجة غائبة مثل غياب الشهود في سفر؛ لم يلزمه قبوله وتسلمه.

ب. وإن لم يكن في تسلمه ضرر لزمه قبوله وتسلمه.[(3)]

– **هذا وقد اتفقت كلمة الفقهاء** على أن المكفول عنه إذا سلم نفسه للمكفول له، كأن يقول: سلمت نفسي إليك من كفالة فلان، برئ الكفيل، واشترط المالكية أن يكون التسليم بأمر الكفيل؛ فإن سلم المكفول عنه نفسه بغير أمر من الكفيل لم يبرأ الكفيل وتبقى الكفالة قائمة ومتى طولب الكفيل لزمه إحضار المكفول عنه وتسليمه[(4)].

– **وكذا لو وكل الكفيل** أجنبياً لينوب عنه في تسليم المكفول عنه للمكفول له برئ الكفيل، فهو كما لو سلمه بنفسه، إلا أن المالكية قالوا: لا يبرأ الكفيل إن شُرط في عقد الكفالة أن يقوم الكفيل بشخصه بالتسليم[(5)]، ولعل القول ببراءة الكفيل إذا وكل عنه أجنبياً لينوب عنه في تسليم المكفول عنه للمكفول له هو الراجح، حتى وإن شُرِط في عقد الكفالة بأن يقوم الكفيل بنفسه بالتسليم؛ لأن المقصود يتحقق به، والشرط حينئذ لا قيمة له ولا أثر.

---

(1) السرخسي: المبسوط (166/19)؛ ابن نجيم: البحر الرائق (228/6–229).

(2) المواق: التاج والإكليل (114/5)؛ الباجي: المنتقى (80/5).

(3) النووي: المجموع (52/14)؛ ابن قدامة: المقنع (118/2–119).

(4) ابن الهمام: فتح القدير (171/7)؛ البغدادي: مجمع الضمانات (581/2)؛ الدردير: الشرح الصغير (450/3–451)؛ عليش: شرح منح الجليل (240/6)؛ البيجوري: حاشية (733/1)؛ العمراني: البيان (351/6)؛ المقدسي: الإقناع (184/2)؛ ابن النجار: منتهى الإرادات (415/1).

(5) ابن الهمام: فتح القدير (172/7)؛ الباجي: المنتقى (80/5)؛ النووي: روضة الطالبين (257/4).

المطلب الثاني
الانتهاء بموت الكفيل بالنفس

قد يتم عقد الكفالة بالنفس ويضرب أجل معين يلتزم الكفيل بموجبه إحضار المكفول عنه وتسليمه للمكفول له، وقد تعاجل المنية الكفيل قبل التسليم؛ فهل تنتهي الكفالة بالنفس؟ أم أنها تنتقل إلى وارث الكفيل بحيث يقوم مقامه؟.

اختلفت كلمة الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب إليه الحنفية والشافعية، قالوا: تنتهي الكفالة بالنفس إذا مات الكفيل، وتسقط الكفالة عن الكفيل ووارثه؛ لأنه لم يبقَ قادراً على تسليم المكفول عنه بنفسه وكذلك وارثه لم يلتزمه فلا يطالب[1].

المذهب الثاني: المالكية والحنابلة قالوا: إذا مات الكفيل بالنفس، فلا تسقط الكفالة وإنما يُطالب ورثة الكفيل إحضار المكفول عنه وتسليمه في الوقت المعين لذلك؛ فإن لم يتم تسليمه أُغرموا، بحيث يؤخذ من تركة الكفيل بقدر الدين المستحق للمكفول له[2].

وهل يؤخذ من مال التركة قبل الأجل أو بعده؟

المالكية قالوا ينظر:

- إذا مات الكفيل قبل الأجل المضروب، يؤخذ من تركة الكفيل ثم يرجع الورثة على المكفول عنه بعد حلول الأجل.

- وإذا مات الكفيل بالنفس عند الأجل أو بعده، يؤخذ من مال المكفول عنه أولاً ولا يؤخذ من تركة الكفيل بالنفس إلا إن قصّر المكفول عنه[3].

أما الحنابلة:

فربطوا ذلك بالتوثيق؛ فإن كان ما على المكفول عنه ديناً مؤجلاً فوثق ورثة الكفيل هذا الدين المؤجل لأجله برهن أو ضمين مليء لم يحلّ الدين ويبقى إلى أجله، وإن لم يقوموا بتوثيقه حل الدين في الحال بحيث يؤخذ من تركة الكفيل بقدر الدين المستحق للمكفول له[4].

---

[1] المرغيناني: الهداية (88/3)؛ ابن نجيم: البحر الرائق (230/6)؛ الموصلي: الاختيار (590/1)؛ النووي: روضة الطالبين (258/4)؛ الماوردي: الحاوي الكبير (149/8)؛ الرملي: نهاية المحتاج (453/4).

[2] الخرشي: على خليل (28/5)؛ التسولي: البهجة (352/1-353)؛ عليش: شرح منح الجليل (217/6)؛ البهوتي: دقائق أولي النهى (254/2)؛ ابن مفلح: الفروع (251/4)؛ المقدسي: الإقناع (185/2).

[3] عليش: شرح منح الجليل (217/6)؛ الإحسائي: تبيين المسالك (29/4).

[4] البهوتي: كشاف القناع (367/3).

الرأي المختار:

والذي أراه راجحاً وتميل إليه النفس هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول القائلون بأن الكفالة بالنفس تنتهي وتسقط عن الكفيل بموته لما ذكرنا آنفاً ولما يلي:

أ. إن التسليم قد فات محله وسقط بموت الكفيل وهو الأصل، فسقط عن الفرع وهو الوارث من باب أولى.

ب. إن مقتضى الكفالة بالنفس هو التزام الكفيل بإحضار وتسليم المكفول عنه، ولا يصلح مال الكفيل لإبقاء هذا الواجب، فلا يتعلق شيء بتركة الكفيل في هذه الحالة؛ لأنه لم يكفل الدين وإنما كفل نفس المدين، بخلاف الكفالة بالمال.

ج. إن الكفالة بالنفس ليس لها من نتيجة مالية في حال حياة الكفيل بالنفس عند الأكثر من الفقهاء[1] وكذلك في حال مماته[2].

---

[1] انظر (ص105- وما بعدها) من هذا البحث.

[2] العيني: البناية (426/8)؛ الميداني: اللباب (154/1)؛ الماوردي: الحاوي الكبير (149/8)؛ الطبري: اختلاف الفقهاء (209)؛ الزرقا: المدخل الفقهي العام (543/1)؛ الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (4171/6).

المطلب الثالث

الانتهاء بموت المكفول عنه

اتفق العلماء على أنه: إذا كفل شخص رجلاً فمات قبل أن يأتي به الكفيل؛ سقطت الكفالة بالنفس، ولا يُلزم الكفيل بالنفس بشيء؛ لأن الكفيل عجز عن إحضار المكفول عنه لموته؛ ولأنه سقط الحضور عن المكفول عنه بعد موته، فيسقط الإحضار عن الكفيل[1].

يقول الإمام الشوكاني: "وجه هذا أنه قد فات وتعذر الوفاء بأمر من جهة الله لا بسبب من الكفيل... فلا يجب عليه ما لا يدخل تحت قدرته"[2].

إلا أنه توجد بعض التفصيلات التي اختص بها بعض المذاهب في كيفية انتهاء الكفالة في حال مات المكفول عنه، على النحو الآتي:

أولاً- مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن الكفالة بالنفس تنتهي بموت المكفول عنه، ولا يُلزم الكفيل بشيء إلا في حالة واحدة وهي إذا شرط الكفيل على نفسه أنه ملتزم بتأدية ما على المكفول عنه من مال إذا لم يحضره في الموعد المحدد، فمات المكفول عنه لزمه ذلك الشرط[3].

ثانياً- مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى أن الكفالة بالنفس تنتهي بموت المكفول عنه ولا شيء على الكفيل وذلك قبل حلول الأجل، فإذا مات المكفول عنه بعد حلول الأجل؛ لم يبرأ الكفيل بل يضمن ما على المكفول عنه، وحكى عن مالك أنه يجب على الكفيل غرم ما عليه. وفرق ابن القاسم بين: "أن يموت الرجل حاضراً أو غائباً، فقال: إن مات حاضراً لم يلزم الكفيل شيء، وإن مات غائباً نظر، فإن كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها إحضاره في الأجل المضروب له في إحضاره وذلك في نحو اليومين إلى الثلاثة ففرط؛ غرم، وإلا لم يغرم"[4].

---

[1] المرغيناني: الهداية (88/3)؛ ابن الهمام: فتح القدير (170/7)؛ الحطاب: مواهب الجليل (115/5)؛ عليش: شرح منح الجليل (242/6)؛ الشيرازي: المهذب (327/3)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (105/5).

[2] الشوكاني: السيل الجرار (237/4)؛ بن شاس: عقد الجواهر الثمينة (655/2-656)؛ الماوردي: الحاوي الكبير (148/8)؛ الجمل: حاشية الجمل (384/3)؛ القفال: حلية العلماء (75/5-76)؛ البهوتي: كشاف القناع (366/3)؛ المرداوي: الأنصاف (215/5).

[3] السرخسي: المبسوط (184/19)؛ المرغيناني: الهداية (88/3).

[4] ابن رشد: بداية المجتهد (1956/4)؛ الدسوقي: على الشرح الكبير (346/3)؛ ميارة: على تحفة الأحكام (126/1).

ثالثاً- مذهب الشافعية:

ذهب الشافعية في الأصح إلى أن الكفيل مطالب بإحضار المكفول عنه في حال موته ما لم يدفن إذا طلب المكفول له ذلك بحيث أراد أن يقيم الشهادة على صورته لعدم معرفة الشهود اسمه ونسبه لزم الكفيل ذلك كما لو تكفل ابتداءً ببدن الميت[1].

هذا بخلاف إذا مات المكفول له، فلا تسقط الكفالة؛ لأن الكفيل مايزال مطالباً بإحضار المكفول عنه لاستيفاء الحق منه والكفيل ذو قدرة على ذلك، فالوارث يقوم مقام الميت حق المطالبة؛ لأنها جزء من التركة[2].

رابعاً- مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب، إلى أن موت المكفول عنه يبرئ الكفيل من الكفالة بالنفس ولا يلزم الكفيل شيء، سواء توانى الكفيل في إحضاره وتسليمه حتى مات أم لا.

ووجهتهم في ذلك أن الحضور سقط عن المكفول عنه بالموت وهو الأصل، فسقوطه عن الفرع وهو الكفيل من باب أولى.

وقيل: إن توانى الكفيل في تسليم المكفول عنه حتى مات لم يبرأ من الكفالة[3].

والذي أراه في هذه المسألة:

ما ذهب إليه الحنفية من القول: أن الكفالة بالنفس تسقط وتنتهي بموت المكفول عنه ولا يلزم الكفيل بشيء إلا في حالة واحدة؛ إذا شرط على نفسه أنه ملتزم بتأدية ما على المكفول عنه من مال إذا لم يحضره في الموعد المحدد فمات المكفول عنه لزم الكفيل ذلك الشرط.

---

(1) النووي: روضة الطالبين (258/4)؛ الرافعي: الشرح الكبير (165/5).

(2) ابن الهمام: فتح القدير (170/7-171)؛ ابن عابدين: رد المحتار (292/5)؛ الرملي: نهاية المحتاج (453/4)؛ الماوردي: الحاوي الكبير (149/8)؛ البهوتي: كشاف القناع (367/3)؛ المقدسي: الأقناع (185/2).

(3) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (105/5)؛ المرداوي: الإنصاف (215/5).

المطلب الرابع

الانتهاء بالإبراء[1]

تنتهي الكفالة وتسقط بالإبراء، وذلك في حال قيام المكفول له بإبراء الكفيل من الكفالة بالنفس.

وقد اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن إبراء المكفول لـــه للكفيل بلفظ دال على ذلك، كأن يقول للكفيل: أبرأتك من الكفالة، أو ليس لي عندك حق، أو أبرأتـــك عما لي قبلك، أو أبرأتك من حقي[2]، يُنهي الكفالة بالنفس ويسقطها[3]، وذلك للاعتبارات التالية:

أ. إن مقتضى الكفالة بالنفس، هو ثبوت حق مطالبة الكفيل إحضار وتسليم النفس المطلوبـــة، فإذا أُسقط حق المطالبة بالإبراء ينتهي الحق ضرورة؛ لأنه بمثابة تنازل عن الكفالة من قبل المكفول له.

ب. إن الإبراء حق خالص للمكفول له وقد سقط من قِبله وأُلحق بمحل السقوط فهـــو محـــض إسقاط تم بالمسقط. [4]

وإبراء الكفيل بالنفس لا يكون إبراءً للمكفول عنه؛ لأن المكفول له أسقط حق المطالبـــة عنـــه دون المكفول عنه[5].

---

[1] **الإبراء لغة:** الإبراء مصدر يأتي بمعنى التنزيه والتخليص والمباعدة، يقال: أبرأ فلان فلاناً، أي: خلصه من حق له عليه. ابن منظور: لسان العرب (مادة برأ)(38/1-39)؛ الفيروزآبادي: القاموس المحيط (34)؛ المعجم العربي الأساسي (141)؛ سعدي أبوجيب: القاموس الفقهي (34-35).

الإبراء اصطلاحاً: لم أقف على تعريف بحدّه عند الفقهاء ولكن يفهم من كلامهم أن الإبراء يأتي بمعنى: **الإسقاط**. ابن نجيم: الأشباه والنظائر (264)؛ مجلة الأحكام العدلية: مادة (1536)(ص154). **والإبراء على أقسام:** أ. الإبـــراء العام، ب. الإبراء الخاص، ج. إبراء الاستيفاء، د. إبراء الإسقاط، وهو المراد هنا، وبيانه: أن يبرئ واحد الآخـــر بإسقاط كل حقه قبل ذلك الآخر أو بحط بعضه. مجلة الأحكام العدلية: مادة (1536)(ص154).

[2] الأنصاري: أسنى المطالب (603/4)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (106/5)؛ رستم باز: شرح المجلـــة (ص364).

[3] الكاساني: بدائع الصنائع (19/6)؛ السرخسي: المبسوط (168/19-169)؛ عليش: شرح منح الجليل (217/6)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (109/4)؛ النووي: روضة الطالبين (257/4)؛ الأنصاري: أسنى المطالب (603/4)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (106/5).

[4] الكاساني: بدائع الصنائع (19/6)؛ السرخسي: المبسوط (18/19-169)؛ رستم باز: شرح المجلة (ص365)؛ سابق: فقه السنة (349/3)؛ الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (4171/6).

[5] الكاساني: بدائع الصنائع (19/6)؛ الموصلي: الإخيار لتعليل المختار (592/1)؛ الخرشي: على مختصر خليل (27/5)؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي (109/4)؛ الشربيني: مغني المحتاج (208/2)؛ الجمل: حاشـــية الجمـــل (388/3)؛ المقدسي: العُدة (245)؛ ابن قدامة: المغني والشرح الكبير (106/5).

جاء في مجلة الأحكام- المادة (661): "لا تلزم براءة الأصيل ببـراءة الكفيـل"[1]؛ "لأنـه إذا سقط الفرع لا يسقط الأصل لعدم تبعية الأصل لفرعه"[2].

نعم يبرأ الكفيل بالنفس في حال كان الإبراء للمكفول عنه، كما لو أبرأ المكفول لـه المكفـول عنه من الحق بأداء أو إبراء، برئ الكفيل؛ لأن الحق يسقط عن المكفول عنه فإذا سقط الأصل سقط الفرع من باب أولى[3].

جاء في مجلة الأحكام- المادة (50): "إذا سقط الأصل سقط الفرع"[4]، والمادة (662): "براءة الأصيل توجب براءة الكفيل"[5].

وكذلك تنتهي الكفالة بالنفس وتسقط بإقرار المكفول له تسلمه المطلـوب؛ لأن ذلـك اعترافـاً منـه بالوفاء[6]، وهو ما يسمى **(إبراء الاستيفاء)** وهو: "اعترافه بقبض واستيفاء حقه... وهو نوع مـن الإقرار"[7].

---

[1] مجلة الأحكام العدلية: ص6.

[2] رستم باز: شرح المجلة (المادة 661)(ص365).

[3] السمرقندي: تحفة الفقهاء (240/3)؛ العيني: البناية (444/8)؛ عليش: شرح مـنح الجليـل (216/6-217)؛ الخرشي: على مختصر خليل (27/5)؛ الرملي: نهاية المحتاج (459/4)؛ الهيتمي: تحفة المحتاج (308/2)؛ ابـن قدامة: الكافي (170/2)؛ المقدسي: العدة (245).

[4] مجلة الأحكام العدلية: ص6.

[5] مجلة الأحكام العدلية: ص67.

[6] السمرقندي: تحفة الفقهاء (240/3)؛ الشربيني: مغني المحتاج (208/2)؛ ابن قدامة: المغني والـشرح الكبيـر (106/5).

[7] مجلة الأحكام العدلية: المادة (1536)(ص154).

المبحث الرابع

تطبيقات الكفالة بالنفس في واقع العرف الفلسطيني

وفيه ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول: من حيث طرق إثباتها.**
- **المطلب الثاني: من حيث إجراءاتها التطبيقية.**
- **المطلب الثالث: من حيث طرق انتهائها.**

المطلب الأول

من حيث طرق إثباتها

بعد الزيارات المتكررة لأهل العرف والعادة (المخاتير)، وبعد محاورتهم، وكذلك الاطلاع على ما وقع تحت يدي من كتب القضاء العشائري، وجدت أن طرق الإثبات لدى قضاة العرف الفلسطيني في العقود السابقة منها ما هو صحيح ومنها ما هو منكر شرعاً.

فاليمين مثلاً: مشروعة باتفاق العلماء، وهي وسيلة إثبات يعمل بها في القضاء الشرعي حال عجز المدعي إقامة البينة، فلا يبقى إلا يمين المدعى عليه[1].

أما اليمين عند القضاة العشائريين قديماً: نجد أن بعض القضاة يقومون بتخيير المدعى عليه فيقول له: إما أن تحلف يميناً أو تشتري هذا اليمين بمبلغ كذا، أو أن يحلف عنه رجل آخر يكون تقيًّا من خمسته- أي قرابته، أو أن يحلف هو نفسه ثم يقول أربعة من أقاربه: نشهد بالله العظيم أنه صادق فيما قال، دون أن يشهدوا الواقعة[2].

وكذلك من الأدلة القضائية عندهم قديماً: البشعة[3]: وهي إحدى الأدلة القضائية التي يعتمد عليها القاضي في إثبات أو نفي التهمة، والبشعة هي أن يقوم المتهم بلحس النار بنفسه، أو أن ينيب عنه أحد أفراد قرابته وذلك بموجب حكم القاضي العرفي في حال عدم وجود أدلة، أو يتطوع المتهم بلحس النار للدلالة على براءته من التهمة المنسوبة إليه[4].

فمثل هذه الطرق في الإثبات أو النفي تتعارض ومبادئ الشرع الحنيف، بل هي محرمة وعادة جاهلية فيها شعوذة ليس لها أصل في ديننا؛ وعليه لا يجوز لأي قاضٍ عشائري أن يحكم بغير ما أنزل الله في أي حق من الحقوق بوسائل وطرق لا تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، ومن اعتقد بصحتها أو أمر بها فهو آثم، لقوله تعالى: ﴿**أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْماً لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ**﴾[5].

---

[1] انظر (ص94) من هذا البحث.

[2] ثابت: القضاء العشائري (97)؛ غيث: قضاء العشائر (45- وما بعدها)؛ عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (29).

[3] **البشعة:** عبارة عن وعاء من حديد في حجم طبق الطعام، ولها يد من الحديد يبلغ طولها حوالي (70سم) أو هي أقل من المتر، ولها رأس صغير مسطح، توضع على النار حتى درجة الاحمرار فتصبح كالجمر، ويعود تاريخ البشعة لعبادة المجوس للنار في الهند، وقد نصت عليها القوانين الهندية وغيرها. ثابت: القضاء العشائري (98-وما بعدها)؛ عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (30-31)؛ لقاء مع كل من: أبوناصر الكجك، درعان الوحيدي، أبوسلمان المغني.

[4] عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (30-31)؛ ثابت: القضاء العشائري (98- وما بعدها).

[5] سورة المائدة: الآية (50).

أما في الوقت الحاضر خصوصاً في السنوات الأخيرة، مع ازدهار تعاليم وأحكام الشرع الحنيف، ومع وجود التحكيم الشرعي بجانب القضاء العرفي في بعض القضايا، وجدت أن طرق الإثبات القديمة قد تلاشت، وحل محلها وسائل الإثبات الشرعية وهي: الشهادة، والإقرار، واليمين الشرعي، والكتابة، وأن قضاة العرف والعادة أخذوا يرتكزون في إثبات أو نفي الواقعات لهذه الوسائل.

وسأبين في هذا المطلب طرق إثبات الكفالة بالنفس عند القضاة العشائريين على النحو التالي:

أولاً- الشهادة:

تعتبر الشهادة أحد أهم أركان الإثبات في القضاء العشائري؛ لأن أي ادعاء لابد له من بينة بمعنى: شهود يشهدون على صدق دعوى المدعي، لذلك تعتبر الشهادة الوسيلة الأقوى بل الأولى من وسائل الإثبات عند أهل العرف والعادة في فضّ النزاعات[1].

شروط الشهادة في العرف:

وحتى تكون الشهادة عند أهل ا لعرف والعادة معتبرة، لابد من توافر شروط في الشاهد وهي:

- أن يكون أميناً صادقاً تقياً ورعاً[2]، وقالوا في ذلك: "إيش قولك في التقي النقي الصايم المصلي، إن دورت فيه العيبة ما تلقى"[3].

نصاب الشهادة:

أ. شهادة الرجلين:

أي أمر يعرض على القاضي العرفي يكون في بيت ملم (مشرع) وأمام جمع غفير من الناس الحاضرين ولذلك يكونون شهوداً على الكفالة، فالأمور التي تحدث أمامهم تبقى مدركة ومحفوظة من قبل هذا الجمع وعلى أي حال فإن القضاء العرفي الفلسطيني يثبت الكفالة بشهادة الرجلين، فمن أقوالهم الدارجة: "فيه كلام يحتاج لشهود وفيه كلام شهوده منه فيه"[4].

والمقصود بقولهم "شهوده منه فيه" أنه لا يحتاج إلى إشهاد نظراً لاستفاضته ومعرفة الناس أن ذلك الشخص قد التزم بكفالة مما يجعله لا يستطيع الإنكار.

---

[1] لقاء مع: أبوناصر الكجك- مستشار وزير الداخلية لشئون العشائر ولجان الإصلاح في فلسطين، درعان الوحيدي- محكم معتمد في وزارة العدل، منسق عام لجان الإصلاح سابقاً، أبوسلمان المغني- القاضي العرفي.

[2] عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (28).

[3] ثابت: القضاء العشائري (95).

[4] عبدالكريم الحشاش: قضاء العرف والعادة (29).

وعليه فإذا تكفل رجل بنفس آخر على أن يحضره في موعد محدد، فأنكر الكفيل الكفالة، يقوم المدعي بإحضار شاهدين من الجمع الغفير الذي تكفل أمامهم بنفس الرجل المكفول، مع العلم أن الكفيل في القضاء العرفي يصعب عليه الإنكار؛ لأنه حينما يقع الكفل تشد علوم على الكفيل والشهود حضور وهم الجمع الغفير من الناس في بيت الملم عند راعي البيت، ولم تتم الكفالة من وراء الكواليس[1].

ب. شهادة النساء:

يقول أهل العرف والعادة (المخاتير): لم تجرِ العادة عندنا في غزة بوجود نساء في المقاعد وعليه: لا شهادة للنساء، وكذلك لا كفالة لهن، فهن الحلقة الأضعف والكفل للقوي وهي أي المرأة مكبورة سواء بزوجها أو أبيها أو أخيها...الخ[2].

لكن يقول القاضي العرفي أبوسلمان المغني: في حال انعدام الشهود واحتجنا لشهادة أحد مع الرجل الواحد وكان هناك امرأتان تشهدان نأخذ بشهادتهما مع الرجل[3].

خلاصة القول:

أرى أن هناك تناغماً وانسجاماً بين طرق إثبات الكفالة بالنفس بالشهادة في الفقه وبين العرف الفلسطيني، بل أرى أن إثبات الكفالة بالنفس بالشهادة في العرف الفلسطيني منبثق من روح التشريع الإسلامي.

ثانياً- اليمين:

يعتبر اليمين وسيلة من وسائل الإثبات في القضاء العشائري عند عدم وجود البينة (الشهود)، وحال إنكار المدعى عليه، فيطلب منه حلف اليمين؛ بحيث يقسم بالله.

والأخذ باليمين لا يتم على إطلاقه في كل الواقعات أو القضايا، فإن أهل العرف والعادة (المخاتير) لا يأخذون باليمين في جميع أنواع الكفالات والتي منها موضوعنا الكفالة بالنفس المسماة كفيل الجمع والإحضار لأنه في حال تثبت علوم الكفل أي نوع من أنواع الكفالة تشد علوم على الكفيل بحضور جمع غفير في بيت ملمّ مما يضفى استفاضة في العدد فلا يستطيع كفيل الجمع والإحضار في مثل هذه الحالة أن ينكر ذلك، ولذلك لا حاجة عندهم لليمين[4].

---

[1] لقاء مع القاضي العرفي: أبومروان الخالدي، درعان الوحيدي، أبوسلمان المغني.

[2] لقاء مع: أبوناصر الكجك، أبوسلمان المغني، درعان الوحيدي.

[3] لقاء مع القاضي العرفي: أبوسلمان المغني، يوم السبت الموافق 2009/5/2م، الساعة العاشرة والنصف صباحاً.

[4] لقاء مسبق مع كلٍ من: أبوناصر الكجك، أبوسلمان المغني، أبوبسام الوحيدي، أبومروان الخالدي.

خلاصة القول:

لا يحتاج أهل العرف والعادة للإثبات بطريق اليمين نظراً لاستفاضة كفالة الكفيل، ولـذلك لا تجد اليمين في واقع العرف الفلسطيني طريقاً مستخدماً في إثبات الكفالة بالنفس.

ولكن يمكن أن يعتبر اليمين طريقاً للإثبات في العرف الفلسطيني في القـضايا ممـا سـوى الكفالة.

ثالثاً- الإقرار:

يعتبر الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات في القضاء العشائري، ولكن أهل العرف والعـادة لا يحتاجون لمثل هذه الوسيلة؛ لاسيما في موضوع الكفالات على وجه الخصوص؛ لأنه في حال تثبت علوم الكفل تشد علوم على الكفيل بحضور جمع غفير مما يضفي استفاضة في العدد، فلا يـستطيع الكفيل أن ينكر الكفالة.

خلاصة القول:

لا يحتاج أهل العرف والعادة للإثبات بطريق الإقرار؛ نظراً لاستفاضة العـدد حـال وقـوع الكفل، ولذلك لا تجد الإقرار في واقع العرف الفلسطيني طريقاً مستخدماً في إثبات الكفالة بـالنفس، ولكن يمكن أن يعتبر الإقرار طريقاً للإثبات في العرف الفلسطيني في القضايا مما سوى الكفالة.

رابعاً- الكتابة:

تعتبر الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات في القضاء العشائري يرجع إليها عند الحاجـة، فلـو ادعى شخصاً على آخر بأنه كفل له بإحضار زيد من الناس فأنكر الكفيل، فقام المكفول له بإظهـار صك أو سند أو كتاب يظهر فيه بأن فلان وهو المدعى عليه كفيل جمع وإحضار؛ فإن هذا الكتـاب أو السند يعتبر حجة ملزمة للكفيل بإحضار مكفوله.

ولكن من المعروف عند أهل العرف والعادة أن الكفالات تكون مشافهة غالباً ولا تجري فيهـا مكاتبات بحيث إذا وقع الكفل من شخص، تشد علوم على الكفيل بحضور جمع غفير، ممـا يـضفي استفاضة في العدد فيصعب على كفيل الجمع والإحضار أن ينكر ذلك[1].

خلاصة القول:

لا يحتاج أهل العرف والعادة الكتابة طريقاً للإثبات في موضوع الكفالة بأنواعها وذلك نظـراً لاستفاضة العدد الموجود حين وقوع الكفالة، ولذلك لا تجد الكتابة في واقع العرف الفلسطيني طريقاً

---

[1] غسان غراب: محاضرة في قضاء العرف والعادة (4)، ولقاءات سابقة مع كلٍ من: أبوناصر الكجك، أبوسلمان المغني، أبوبسام الوحيدي.

مستخدماً في إثبات الكفالة بالنفس، ولكن يمكن أن تعتبر الكتابة طريقاً للإثبات في العرف الفلسطيني في القضايا سوى الكفالة بالنفس.

وأخيراً.. فبالمقارنة والنظر نجد وبوضوح أن الكتابة عند أهل العرف والعادة حجة ملزمة كما هو الحال عند أهل القضاء الشرعي.

المطلب الثاني
من حيث إجراءاتها التطبيقية

بينا فيما سبق أن كفيل الجمع والإحضار: هو الذي يلتزم بإحضار مكفوله عند القاضي العرفي في الموعد المحدد- وينتهي دور هذا الكفيل عند جلوس مكفوله أمام القاضي.

فلو ادعى الكفيل عدم وجود المكفول عنه يعطى مدة لحين حضور المكفول عنه فمثلاً في السفر لحين العودة والسجن لحين خروجه والمرض غير المزمن لبرئه وشفائه بمعنى: لحين زوال سبب التأخير الطارئ، ولا تنتهي كفالة الجمع والإحضار إلا بعد حضور المكفول عنه وجلوسه عند القاضي العرفي، وفي حال حضر الكفيل بدون مكفوله بغير عذر مقبول جلس مكانه للتقاضي ثم يلحق مكفوله فيما بعد، والأعذار المقبولة اتفاقاً عند أهل العرف والعادة ثلاثة (الحكومة- والمطر- والموت).

وأما إذا وكّل الكفيل شخصاً آخر ينوب عنه بتسليم المكفول عنه وإحضاره أمام القاضي العرفي في الموعد المحدد تبرأ ذمة الكفيل وينتهي دوره وتسقط عنه كفالة الجمع والإحضار وذلك في حال وفاء الوكيل بإحضار وتسليم المكفول عنه في الموعد وإلا لا يبرأ كفيل الجمع والإحضار وتبقى الكفالة في ذمته.

وفي حال ذهاب المكفول عنه وحده وجلس أمام القاضي العرفي يُبلَّغ الكفيل بأن المكفول عنه قد حضر وبذلك تبرأ ذمته وتسقط الكفالة عنه.

وإذا ثبت مماطلة كفيل الجمع والإحضار وتقصيره في إحضار مكفوله؛ يُبدّ عليه بدوة أولى، ثم بدوة ثانية، ثم بدوة ثالثة تسمى بدوة العدم، فإن أحضر الكفيل مكفوله فبها ونعمت، وإذا لم يحضره يَخرج قرار بتشميس الكفيل بمعنى أنه لا يَعرك ولا يَدرك، وقوله مثل بوله ومشمس لا تقبل له كفالة ولا شهادة ولا يجالس الرجال في مجالسهم[1].

أما عن أخذ الأجرة مقابل الكفالة؛ فأهل العرف والعادة لا يقولون بأخذ الأجرة مطلقاً مقابل كفالة الجمع والإحضار، أما إذا كانت الكفالة على مال؛ فالعرف يقضي أن الكفيل له عشر المال المكفول، فللكفيل أن يأخذه وله أن يفوته[2].

وهذا مخالف لتعاليم الشرع الحنيف، فهو من باب أكل أموال الناس بالباطل، وقد سبق بيان هذه المسألة[3].

---

[1] لقاء مسبق مع كلٍّ من: أبوناصر الكجك، أبوبسام الوحيدي، أبوسلمان المغني، أبومروان الخالدي.

[2] لقاء مسبق مع كلٍّ من: أبوعثمان الكفارنة، أبوسلمان المغني.

[3] انظر (ص111- وما بعدها) من هذا البحث.

خلاصة القول:

أن كفيل الجمع والإحضار ملزم بإحضار مكفوله أمام القاضي العرفي في الموعد المحدد لذلك ولا تبرأ ذمته ولا ينتهي دوره إلا بإحضاره وجلوس مكفوله أمام القاضي، وإلا جلس مكان مكفوله للتقاضي بدلاً عنه ثم يلحق مكفوله فيما بعد.

وأخيراً بعد بيان الإجراءات التطبيقية للكفالة بالنفس في واقع العرف الفلسطيني أرى أن هناك تقارباً بين أهل العرف والعادة وبعض الفقهاء القائلين في حال تقصير الكفيل فإنه يضمن ما على المكفول عنه من الدين كما سبق بيانه عند المالكية والحنابلة[1].

ولكن ثَمَّ اختلاف في النتائج المترتبة على تقصير الكفيل في كفالته.

ففي الشرع: إن قصَّر الكفيل في إحضار مكفوله؛ فالحنفية والشافعية ذهبوا بالقول إلى حبس الكفيل، والمالكية والحنابلة قالوا يضمن ما على المكفول من الدين.

أما في العرف: إن قصَّر الكفيل في إحضار مكفوله؛ يجلس مكانه للتقاضي ثم يلحق مكفوله بما غرمه فيما بعد، فإن أبى يخرج قرار بتشميس الكفيل؛ أي لا تقبل له كفالة ولا شهادة ولا يجالس الرجال في مجالسهم[2].

---

[1] انظر (ص 109) من هذا البحث.

[2] لقاء مسبق مع كلٍ من: أبوناصر الكجك، أبوعثمان الكفارنة، أبوبسام الوحيدي، أبوسلمان المغني، أبومروان الخالدي.

المطلب الثالث

من حيث طرق انتهائها

كفيل الجمع والإحضار ينتهي دوره وتسقط عنه الكفالة وتنتهي بأربعة أمـور علـى النحـو التالي:

أولاً: إذا قام الكفيل بإحضار مكفوله وجلوسه أمام القاضي العرفي ينتهي دور الكفيل وتبـرأ ذمته ويقال له في هذه الحالة "وصلت ما قصرت" بمعنى أنك التزمت بما تعهدت به[1].

والذي أراه هنا هو التوافق التام بين العرف الفلسطيني والفقه الإسلامي من حيـث الانتهـاء بالتسليم، وهو إحدى طرق انتهاء الكفالة بالنفس فمن المتفق عليه عند العلماء أن إحـضار المكفـول عنه وتسليمه للمكفول له يبرئ الكفيل من الكفالة، وبذلك ينتهي دور الكفيل.

ثانياً: في حال مات الكفيل ينتهي دوره تماماً وقالوا في ذلك (المـوت- والحـبس الطويـل- والمرض المزمن المُقعِد) يُنهى دور الكفيل، وحينئذ لابد من أن يُجدد كفيل جمع وإحضار آخر[2].

والذي أراه أن ثمة تقارب بين أهل العرف الفلسطيني وبعض الفقهاء وهم الحنفية والـشافعية القائلين بأن الكفالة بالنفس تنتهي وتسقط عن الكفيل بموته.

ثالثاً: كذلك إذا مات المكفول عنه ينتهي دور الكفيل وتسقط عنه الكفالة.

وهذا القول يتفق مع ما ذهب إليه جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والـشافعية والحنابلـة بوجه عام من أن موت المكفول عنه يبرئ الكفيل من الكفالة، وبذلك تنتهي الكفالة وتسقط عنه.

رابعـاً: إذا أبرأ المكفول له- كفيل الجمع والإحضار من كفالته- حينئذ يكون الكفيل في حـل من كفله وينتهي دوره وتنتهي كفالته، أو يتبرأ من القاضي العرفي الذي شد للعلوم عليـه إذا أبـرأه ومن ذلك قوله له "رايتك بيضة يا فلان"[3].

والذي أراه أن إبراء الكفيل في واقع العرف الفلسطيني يتفق مع الشريعة مـن حيـث انتهـاء الكفالة بالإبراء والذي هو أحد طرق انتهاء الكفالة بالنفس فقد اتفق العلماء أن إبـراء المكفـول لـه للكفيل ينهي الكفالة بالنفس ويسقطها.

خلاصة القول:

أرى أن طرق انتهاء الكفالة بالنفس (الجمع والإحضار) عند أهل العرف والعادة تتفق إلى حد كبيـر وطرق الانتهاء عند أهل القضاء الشرعي.

---

[1] ثابت: القضاء العشائري (4).

[2] لقاء مع القاضي العرفي: أبوسلمان المغني، يوم السبت الموافق 2009/5/2م، الساعة العاشرة والنصف صباحاً.

[3] لقاء مسبق مع كلٍ من: أبوناصر الكجك، أبوسلمان المغني، أبوبسام الوحيدي.

الخاتمــة

الحمدلله رب العالمين على ما منَّ به علينا من الهداية والتوفيق، والصلاة والسلام على نبينا ورسولنا محمدﷺ الهادي إلى أقوم طريق... وبعد:

ففي الختام وقبل أن أضع قلمي إيذاناً بانتهاء هذا البحث، أسجل أهم ما توصلت إليه من النتائج، وهي كما يأتي:

1. إن موضوع الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي لا يختلف كثيراً عن أي موضوع في الفقه وقد اختلف العلماء فيه؛ سواء من حيث أصل مشروعيته أو من حيث المسائل المتفرعة عنها، فجمهور العلماء قالوا بمشروعية الكفالة بالنفس ولم يخالف في ذلك سوى ابن حزم، حيث بدا ذلك واضحاً من خلال الدراسة، إن دلّ هذا فإنما يدل على سماحة ويسر هذا الدين، كما يدل على الاهتمام والعناية الفائقة التي أولاها أهل العلم الشرعي به.

2. لا يبتعد التعريف الاصطلاحي للكفالة عن التعريف اللغوي، فهما يلتقيان في لفظ الضم، وتعددت كذلك التعريفات الاصطلاحية للكفالة بالنفس، وكان التعريف المختار هو: "**التزام الكفيل إحضار المكفول ببدنه لحق عليه أمام مجلس القضاء**".

3. مشروعية الكفالة بالنفس عند من قال بها ثابتة بالكتاب والسنة وما نقلوه من الإجماع والمعقول والأثر، وهي من باب التعاون الإيجابي في الشرع الحنيف، وتعمل على تسهيل مصالح الناس، وتحفظ حقوقهم من الضياع.

4. إن الكفالة بالنفس عقد وثيقة تتضمن التزاماً جائز التصرف بأداء حق وجب على شخص، أو التزامه بإحضاره لدى المحكمة، واشتراكه في المسئولية، وعقد من عقود التوثيق المهمة.

5. الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي يقابلها (كفيل الجمع والإحضار) في العرف الفلسطيني: وهو الكفيل الذي يلتزم أن يحضر مكفوله الذي كفله عند القاضي العرفي في الموعد المحدد.

6. لا تصح الكفالة بالنفس في الحدود الخالصة لله تعالى؛ لأنها لا تقبل النيابة، وتصح ببدن من عليه حق لآدمي مالاً كان أو عقوبة؛ لأن استيفاء الحق منه واجب لحق الآدمي، وإحضار المكفول وسيلة لهذا الاستيفاء.

7. إن الكفالة بالنفس ليس لها من نتيجة مالية لا شرعاً ولا عرفاً غالباً، وإنما نتيجتها إجبار الكفيل إحضار مكفوله.

8. إن طرق إثبات الكفالة بالنفس هي ذاتها طرق الإثبات إجمالاً والتي من أهمها: الشهادة، والإقرار، واليمين، والكتابة.

9. تنتهي الكفالة بالنفس بتسليم المكفول به (الأصيل)، أو بموت الكفيل، أو بموت المكفول به، أو إذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس.

10. يحق للكفيل الرجوع إلى المكفول عنه إذا غرم ما عليه من مال شرعاً وعرفاً.

11. في الكفالة بالنفس (الجمع والإحضار) لا خلاف بين الشرع والعرف في عدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة.

التوصيــات

بعد اكتمال هذا البحث بحمد الله تعالى وتوفيقه، فقد رأيت ضرورة تسجيل بعض التوصيات، ويمكن إجمالها في الآتي:

1. العمل على إجراء دراسة متكاملة لبيان نقاط الاتفاق، ونقاط الاختلاف بين الشريعة الإسلامية من جهة والأحكام العرفية من جهة أخرى، مع وجوب نسخ كل ما يتعارض مع الشريعة من القضاء العشائري.

2. اعتماد القضاء العرفي الصحيح المستند على أصول الشريعة وروحها، والمنسجم مع القيم والمبادئ الإسلامية التي تسهم في تقوية روابط أفراد المجتمع.

3. تكثيف التعاون والتنسيق بين الجامعة الإسلامية المتمثلة في كلية الشريعة والقانون قسم الدراسات العليا- الفقه المقارن وبين القضاة والمُحكمين العشائريين (المخاتير) من جهة، وهيئة رابطة علماء فلسطين من جهة أخرى، وذلك بعقد المؤتمرات والندوات التي تعزز من العمل على إيجاد روح التعاون في إخراج الأحكام الصادرة وفق أصول شرعية منضبطة.

4. أوصي بالتنسيق والتعاون بين لجان الإصلاح من أهل العرف والعادة مع هيئة رابطة العلماء لتوحيد القرار الصادر في شتى القضايا مع العمل على ورقة سند تحكيم ذات طابع شرعي يعطي قوة في إنفاذ أي حكم يصدر عن هذه الجهة المشتركة.

5. عقد الدورات التدريبية في التحكيم الشرعي؛ لإخراج الأحكام الصادرة وفق الشريعة الإسلامية في شتى القاضايا.

وفي الختـام.. أرجو الله العلي القدير أن يتقبل هذا العمل، وأن يوفقنا لمزيد من الأعمال الصالحة، وأن يرزقنا الإخلاص في كل ذلك لوجهه الكريم، وأن يجزي عنا خيراً كل من ساهم وساعد في إخراج هذا العمل إلى النور إنه سميع قريب مجيب.

والحمدلله رب العالمين،،،

الفهارس العامة

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث والآثار
- فهرس القواعد الفقهية
- فهرس المصادر والمراجع
- فهرس المحتويات

فهرس الآيات القرآنية

م	الآيـــــــة	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
17.	﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ.........﴾	يوسف	66	16،71
18.	﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ.......﴾	يوسف	72	16،72
19.	﴿...وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ..............﴾	يوسف	72	14
20.	﴿قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ إِنَّ لَهُ أَباً شَيْخاً....................﴾	يوسف	78	72
21.	﴿...فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ............﴾	يوسف	78	73
22.	﴿وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً...........................﴾	النحل	91	17
23.	﴿...أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلائِكَةِ قَبِيلاً.......................﴾	الإسراء	92	15،17
24.	﴿...وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ................﴾	الحج	78	108
25.	﴿...رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ........	النمل	19	ب
26.	﴿...وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً.......................﴾	لقمان	15	28
27.	﴿...فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا..................................﴾	محمد	18	38
28.	﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ................................﴾	الطلاق	7	33
29.	﴿سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾................................	القلم	40	17
30.	﴿...لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾..................................	الحاقة	45	94
31.	﴿وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفاً﴾..	المرسلات	1	28

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس القواعد الفقهية

فهرس المصادر والمراجع

أولاً: كتب القرآن الكريم وعلومه:

1. القرآن الكريم.

2. ابن عاشور : محمد الطاهر ابن عاشور، **تفسير التحير والتنوير**، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، بدون طبعة.
3. ابن عباس : **تنوير المقباس من تفسير ابن عباس**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون طبعة.
4. ابن العربي : أبوبكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، (ت543هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق علي محمد البجاوي، طبعة جديدة فيها زيادة شرح وضبط وتحقيق، دار الفكر، بدون طبعة.
5. ابن كثير : عماد الدين أبوالفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، (ت774هـ)، **تفسير القرآن العظيم**، مكتبة الصفا، بدون طبعة.
6. أبوزهرة : محمد أبوزهرة، (ت1394هـ)، **زهرة التفاسير**، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون طبعة.
7. أبوالنور : **المنتخب في تفسير القرآن الكريم**، أشرف على إصداره د. محمد الأحمدي أبوالنور، الطبعة الثانية عشرة، القاهرة، بدون طبعة.
8. الأشقر : محمد سليمان عبدالله الأشقر، **القرآن الكريم وبالهامش زبدة التفسير** من فتح القدير وهو مختصر من تفسير الإمام الشوكاني المسمى فتح القدير الجامع بين فني الدراية والرواية من علم التفسير، الطبعة الثانية (1408هـ-1988م).
9. الجزائري : أبوبكر جابر الجزائري، **أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير** وبهامشه (نهر الخير على أيسر التفاسير)، طبعة سنة (1419هـ-1998م)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

10. الجصاص : أبوبكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، **أحكام القرآن**، دار الفكر للطباعة والنشر، بدون طبعة.
11. الجوزي : أبوالفرج جمال الدين عبدالرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي

البغدادي، (ت597هـ)، **زاد المسير في علم التفسير**، تحقيق محمد بن عبدالرحمن عبدالله، خرّج أحاديثه أبو هاجر السعيد بن بسيوني زغلول، الطبعة الأولى (1407هـ-1987م)، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

12. حوى : سعيد حوى، **الأساس في التفسير**، الطبعة السادسة، (1424هـ-2003م)، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة.

13. الخازن : علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم البغدادي الشهير بالخازن، (ت725هـ)، **تفسير الخازن المسمى لباب التأويل في معاني التنزيل**، وبهامشه تفسير البغوي المعروف بمعالم التنزيل، الطبعة الثانية (1375هـ-1955م)، الطبع والنشر شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

14. الرازي : محمد الرازي فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الريّ، (ت604هـ)، **تفسير الفخر الرازي** المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، الطبعة الأولى (1401هـ-1981م)، دار الفكر، لبنان.

15. رضا : محمد رشيد رضا، **تفسير القرآن الحكيم** الشهير بتفسير المنار، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

16. الزحيلي : وهبة الزحيلي، **التفسير الوجيز على هامش القرآن العظيم**، ومعه أسباب النزول وقواعد الترتيل، الطبعة الخامسة (1427هـ)، دار الفكر، دمشق، سورية.

17. --- : وهبة الزحيلي، **التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج**، طبعة سنة (1418هـ-1998م)، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، دار الفكر، دمشق، سورية.

18. الزمخشري : أبوالقاسم جارالله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، (ت538هـ)، **الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل**، ويليه الكافي الشافِ في تخريج أحاديث الكشاف للإمام الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، (ت852هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون طبعة.

19. السعدي : عبدالرحمن بن ناصر السعدي، (ت1376هـ)، **تيسير الكريم الرحمن**، طبعة سنة (1419هـ-1999م)، دار المغني، الرياض، درا ابن حزم، بيروت.

20. الشربيني : الخطيب الشربيني، **تفسير القرآن الكريم**، الطبعة الثانية، أعيد طبعة بالأوفست، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

21. الشوكاني : محمد بن علي بن محمد الشوكاني، (ت250هـ)، **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**، طبعة سنة (1403هـ-1983م)، دار الفكر، لبنان، بيروت.

22. الصابوني : محمد علي الصابوني، **صفوة التفاسير بعد تجريده من البيان**، تجريد الشيخ عبدالله إبراهيم الأنصاري، دار الصابوني، بدون طبعة.

23. الطبري : عماد الدين بن محمد الطبري المعروف بالكياالهراس، **أحكام القرآن**، تحقيق موسى محمد علي- د. عزات علي عيد عطية، الطبعة الأولى، (1424هـ-2004م)، دار الجيل، بيروت.

24. القرطبي : أبوعبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، بدون طبعة.

25. الماوردي : أبوالحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، (ت450هـ)، **النُكتُ والعيون تفسير الماوردي**، راجعه وعلق عليه- السيد بن عبدالمقصود بن عبدالرحيم، الطبعة الأولى، (1412هـ-1992م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان.

26. المراغي : أحمد مصطفى المراغي، **تفسير المراغي**، بدون طبعة.

27. النسفي : أبوالبركات عبدالله بن أحمد بن محمود النسفي، **تفسير النسفي**، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة.

ثانياً: السنة وشروحها:

28. ابن الجوزي : جمال الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن علي بن محمد ابن الجوزي- الواعظ البغدادي، **كتاب الضعفاء والمتروكين**، حققه أبوالفداء عبدالله القاضي، الطبعة الأولى، (1406هـ-1986م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

29. ابن رجب : ابن رجب الحنبلي، (795هـ)، **شرح علل الترمذي**، تحقيق ودراسة د. همام عبدالرحيم سعيد، الطبعة الأولى، (1407هـ-1987م)، مكتبة المنار، الأردن، الزرقاء.

30. ابن عدي : أبوأحمد عبدالله بن عدي الجرجاني، (ت365هـ)، **الكامل في ضعفاء الرجال**، تحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبدالموجود؛ الشيخ علي محمد معوض، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م)، بيروت، لبنان.

31. ابن ماجه : أبوعبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، (ت275هـ)، **سنن ابن ماجه**، حقق نصوصه وأبوابه وأحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.

32. ابن الملقن : ابن الملقن، (ت804هـ)، **تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج**، تحقق ودراسة عبدالله بن سعاف اللحياني، الطبعة الأولى، (1406هـ-1986م)، دار حراء للنشر والتوزيع.

33. أبوداود : أبوداود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، (ت275هـ)، **سنن أبي داود**، راجعه على عدة نسخ وضبط أحاديثه وعلق حواشيه محمد محيي الدين عبدالحميد، نشرته دار إحياء السنة النبوية.

34. أبويعلى الموصلي : أحمد بن علي بن المثنى التميمي، (ت307هـ)، **مسند أبي يعلى الموصلي**، حققه وخرج أحاديثه حسين سليم أسد، الطبعة الأولى، (1405هـ-1985م)، دار المأمون للتراث، دمشق.

35. أحمد : أحمد بن حنبل، (ت241هـ)، **المسند**، أشرف على تحقيقه الشيخ شعيب الأرنؤوط، الطعبة الأولى، (1416هـ-1996م)، الموسوعة الحديثية، تقدمها مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

36. الألباني : محمد ناصر الدين الألباني، **ضعيف الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)**، أشرف على طبعه زهير الشاويش، الطبعة الثالثة، (1410هـ-1990م)، المكتب الإسلامي، بيروت.

37. البخاري : أبوعبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ابن المغيرة بن بردزبه البخاري الجُعفي، **صحيح البخاري**، طبعة سنة (1425هـ-2004م)، دار الحديث، القاهرة.

38. --- : محمد بن إسماعيل البخاري، (ت256هـ)، **كتاب الضعفاء الصغير**، تحقيق بوارن الفناوي، راجعه وفهرسه الشيخ عبدالعزيز عزالدين السيروان، الطبعة الأولى، (1404هـ-1984م)، عالم الكتب، بيروت.

39. البزار : أبوبكر أحمد بن عمرو بن عبدالخالق العتكي البزار، (ت292هـ)، **البحر الزخار المعروف بمسند البزار**، تحقيق د. محفوظ الرحمن زين الله، طبعة سنة (1424هـ-2003م)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة.

40. البيهقي : أبوبكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، (ت458هـ)، **السنن الكبرى**، نسخة جديدة محققة ومخرجة الأحاديث بإشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بدون طبعة.

41. --- : أبوبكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، **معرفة السنن والآثار**، تحقيق سيد كسروي حسن، الطبعة الأولى، (1412هـ-1991م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

42. الترمذي : أبوعيسى محمد بن عيسى بن سورة، **الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي**، تحقيق، د. مصطفى محمد حسين الذهبي، طبعة سنة (1426هـ-2005م).

43. التهانوي : ظفر أحمد العثماني التهانوي، (ت1394هـ)، **إعلاء السنن**، تحقيق حازم القاضي، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

44. الحاكم : أبوعبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق حمدي الدمرداش محمد، الطبعة الأولى، (1420هـ-2000م)، المكتبة العصرية، بيروت.

45. الدهلوي : أحمد حسن الدهلوي، **حاشية الدهلوي على بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، طبعة سنة (1392هـ-1972م)، المكتب الإسلامي.

46. الدوري : قحطان عبدالرحمن الدوري، **صفوة الأحكام من نيل الأوطار وسبل السلام**، الطبعة الثانية، (1424هـ-2003م)، دار الفرقان للنشر والتوزيع.

47. الذهبي : شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، (ت748هـ)، **ميزان الاعتدال في نقد الرجال**، تحقيق الشيخ علي محمد معوض؛ الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، الطبعة الأولى، (1416هـ-1995م)، دار الكتب

العلمية، بيروت، لبنان.

48. الزيلعي : جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي الحنفي، (ت762هـ)، **نصب الراية تخريج أحاديث الهداية**، مع الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق أحمد شمس الدين، الطبعة الأولى، (1416هـ-1996م)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

49. السندي : سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، **وحاشية الإمام السندي**، اعتنى به ورقمه وصنع فهارسه عبدالفتاح أبوغدة، قامت بطباعته وإخراجه دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الناشر مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب.

50. الصنعاني : محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، (ت1182هـ)، **سبل السلام شرح بلوغ المرام**، تحقيق عصام الصبابطي؛ عماد السيد، الطبعة الخامسة، (1418هـ-1997م)، دار الحديث، القاهرة.

51. الطبراني : أبوالقاسم سلمان بن أحمد الطبراني، (ت360هـ)، **المعجم الكبير**، حققه وخرج أحاديثه حمدي عبدالمجيد السلفي، الطبعة الثانية، (1422هـ-2002م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

52. العسقلاني : شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد ابن حجر الكناني العسقلاني الشافعي، (ت852هـ)، **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، تحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبدالموجود؛ الشيخ علي محمد معوض، الطبعة الأولى، (1419هـ-1998م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

53. --- : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (ت852هـ)، **تقريب التهذيب**، تحقيق مصطفى عبدالقادر عطا، الطبعة الثانية، (1415هـ-1995م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

54. --- : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (ت852هـ)، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، تحقيق الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز، ومعه توجيه القاري إلى القواعد والفوائد الأصولية والحديثية والإسنادية في فتح الباري، طبعة سنة (1416هـ-1996م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

55. العظيم آبادي : أبوالطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، مع شرح الحافظ شمس الدين ابن قيم الجوزية، الطبعة الأولى، (1410هـ-1990م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

56. العيني : بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، (ت855هـ)، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة.

57. فؤاد عبدالباقي : محمد فؤاد عبدالباقي، **اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان**، البخاري ومسلم، أعد فهارسه سيد بن ابراهيم بن صادق بن عمران، طبعة سنة (2003م)، دار الحديث، القاهرة.

58. القسطلاني : أبوالعباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني، (ت923هـ)، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، وبهامشه صحيح مسلم بشروح النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة.

59. المباركفوري : أبوالعلاء محمد عبدالرحمن ابن عبدالرحيم المباركفوري، (ت1353هـ)، **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، ومعه شفاء الغلل في شرح كتاب العلل والشمائل المحمدية والخصائص المصطفوية لأبي عيسى نفسه، ضبط وتوثيق صدقي محمد جميل العطار، طبعة سنة (1415هـ-1995م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

60. مسلم : أبوالحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (ت261هـ)، **صحيح مسلم**، الطبعة الأولى، (1421هـ-2001م)، طبعة لونان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

61. النسائي : أبوعبدالرحمن بن شعيب النسائي، (ت303هـ)، **سنن النسائي، المجتبى**، ومعه زهرة الرّبى على المجتبى للحفاظ الجلال السيوطي (911هـ)، مع تعليقات مقتبسة من حاشية السندي، الطبعة الأولى، (1383هـ-1964م)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

62. --- : النسائي، **المجموع في الضعفاء والمتروكين** ويحوي: 1. الضعفاء والمتروكين للنسائي، 2. الضعفاء والمتروكين للدراقطني، 3.كتاب

الضعفاء الصغير للبخاري، دراسة وتحقيق الشيخ عبدالعزيز عزالدين السيروان، الطبعة الأولى، (1405هـ-1985م)، دار القلم، بيروت، لبنان.

63. النووي : أبوزكريا يحيى بن شرف النووي، (ت676هـ)، **هامش إرشاد الساري**، شرح صحيح البخاري.

ثالثاً: كتب المذاهب الفقهية:

1. الفقه الحنفي:

64. ابن عابدين : محمد أمين الشهير بابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، الطبعة الثانية، (1386هـ-1966م)، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

65. --- : محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، **مجموعة رسائل ابن عابدين**، بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

66. ابن نجيم : زين الدين ابن نجيم الحنفي، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الطبعة الثانية، أعيد طبعه بالأوفست، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

67. --- : زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، **الأشباه والنظائر** على مذهب أبي حنيفة النعمان، الطبعة الأولى، (1413هـ-1993م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

68. ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبدالواحد السِّواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، (ت681هـ)، **شرح فتح القدير** على الهداية شرح بداية المبتدى، ومعه شرح العناية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، المتوفى (786هـ)، وحاشية المحقق سعدالله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي حلبي، وبسعدي أفندي، المتوفى (945هـ)، بدون طبعة، شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

69. البابرتي : أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، (ت786هـ)، **شرح العناية على الهداية**، مطبوع مع شرح فتح القدر لابن الهمام، الطبعة الأولى، (1389هـ-1970م)، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.

70. البغدادي : أبومحمد بن غانم بن محمد البغدادي، **مجمع الضمانات** في مذهب الإمام

الأعظم أبي حنيفة النعمان، دراسة وتحقيق أ.د. محمد أحمد سراج؛ أ.د. علي جمعة محمد، بدون طبعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.

71. بن قطلوبغا : الشيخ قاسم بن قطلوبغا المصري الحنفي، (ت879هـ)، **التصحيح والترجيح**، قدم له سماحة المفتي الشيخ خليل الميس دراسة وتحقيق ضياء يونس، الطبعة الأولى، (1423هـ-2002م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

72. التمرتاشي : محمد بن عبدالله بن أحمد الخطيب التمرتاشي، (ت1004هـ)، **تنوير الأبصار**، مطبوع مع حاشية رد المحتار لابن عابدين، طبعة سنة (1415هـ-1995)، دار الفكر، بيروت.

73. الحصكفي : محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفي الحصكفي، (ت1088هـ)، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، وجامع البحار للتمرتاشي (1004هـ) في فروع الفقه الحنفي، حققه وضبطه عبدالمنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، (1423هـ-2002م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

74. الزيلعي : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، الطبعة الثانية، أعيد طبعه بالأوفست، الناشر دار الكتاب الإسلامي.

75. السرخسي : شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت.

76. السمرقندي : علاء الدين السمرقندي، (ت539هـ)، **تحفة الفقهاء**، الطبعة الأولى، 1405هـ-1984م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

77. الشيباني : أبوعبدالله محمد بن الحسن الشيباني، (ت189هـ)، **الجامع الكبير**، ضبط نصه وعلق عليه د. محمد محمد تامر، الطبعة الأولى، (1421هـ-2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

78. العيني : محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، (ت855هـ)، **البناية شرح الهداية**، تحقيق أيمن صالح شعبان، طبعة (1420هـ-2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

79. الكاساني : علاء الدين أب بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، (ت587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الطبعة الأولى، (1417هـ-1996م)، دار

الفكر.

80. المرغيناني : برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الرشداني المرغيناني، (ت593هـ)، **الهداية شرح بداية المبتدي**، بدون طبعة، الناشر المكتبة الإسلامية.

81. الموصلي : مجد الدين عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي، (ت683هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، ضبط نصه وخرج أحاديثه ووضع فهارسه عبدالكريم بن رسمي آل الدريني، الطبعة الأولى، (1420هـ-1999م)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

82. الميداني : عبدالغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، **اللباب في شرح الكتاب** على المختصر المشتهر باسم الكتاب الذي صنفه الإمام أبوالحسن أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي، المولود (362هـ)، والمتوفى عام (428هـ)، حققه وضبطه وعلق حواشيه محمود أمين النواوي، بدون طبعة، دار الحديث، طباعة ونشر وتوزيع حمص.

83. النسفي : الشيخ نجم الدين بن حفص النسفي، (ت537هـ)، **طلبة الطلبة** في الاصطلاحات الفقهية، مراجعة وتحقيق الشيخ خليل الميس، الطبعة الأولى، (1406هـ-1986م)، دار القلم، بيروت، لبنان.

84. نظام : الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، الطبعة الثانية، (1310هـ)، دار الفكر.

2. الفقه المالكي:

85. ابن جزي : ابن جزي، **القوانين الفقهية**، طبعة (1420هـ-2000م)، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب.

86. ابن الحاجب : جمال الدين ابن عمر ابن الحاجب، (ت646هـ)، **جامع الأمهات**، حققه وعلق عليه أبوعبدالرحمن الأخضر الأخضري، الطبعة الثانية، (1421هـ-2000م)، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت.

87. ابن رشد : أبوالوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، (ت520هـ)، **المقدمات الممهدات** لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق أ. سعيد أحمد

أعراب، الطبعة الأولى، (1408هـ-1988م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

88. --- : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، الشهير بابن رشد الحفيد، **شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، شرح وتحقيق وتخريج د.عبدالله العبادي، الطبعة الأولى، (1416هـ-1995م)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.

89. ابن شاس : جلال الدين عبدالله بن نجم بن شاس، (ت616هـ)، **عقد الجواهر الثمينة**، تحقيق د. محمد أبوالأجفان؛ أ. عبدالحفيظ منصور، الطبعة الأولى، (1415هـ-1995م)، دار الغرب الإسلامي.

90. ابن عرفة : أبوعبدالله محمد الأنصاري الرصاع، (ت894هـ)، **شرح حدود ابن عرفة** الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق محمد أبوالأجفان، الطاهر المعموري، الطبعة الأولى، (1993م)، دار الغرب الإسلامي.

91. ابن فرحون : برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، الطبعة الأولى، (1301هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

92. الإحسائي : عبدالعزيز حمد آل مبارك الإحسائي، **تبيين المسالك**، الطبعة الثانية، (1995م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

93. الباجي : أبوالوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، (ت494هـ)، **المنتقى شرح الموطأ**، الطبعة الأولى، (1332هـ)، مطبعة السعادة، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي القاهرة.

94. التسولي : أبوالحسن علي بن عبدالسلام التسولي، **البهجة** في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام، طبعة لونين مصححة ومنقحة بإشراف محمد بنيس، الطبعة الأولى، (1418هـ-1998م)، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب.

95. الجعلي : عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، **سراج السالك شرح أسهل المسالك**، طبعة (1420هـ-2000م)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

96. الحطاب : أبوعبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب، (ت954هـ)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، الطبعة الثانية، (1398هـ-1978م).

97. الخرشي : أبوعبدالله محمد بن عبدالله بن علي الخرشي المالكي، الخرشي **على مختصر سيدي خليل**، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

98. الدردير : أبوالبركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك** إلى مذهب الإمام مالك، خرج أحاديثه وفهرسه د. مصطفى كمال وصفي، طبعة (1410هـ-1989م).

99. الدسوقي : شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، بدون طبعة، طبع بدار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.

100. الصاوي : أحمد بن محمد الصاوي المالكي، **بلغة السالك لأقرب المسالك** إلى مذهب الإمام مالك، على الشرح الصغير للدردير، الطبعة الأخيرة، (1372هـ-1952م)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

101. العدوي : علي بن أحمد الصعيدي العدوي المالكي، **حاشية الشيخ علي العدوي**، وهي حاشية علي الخرشي، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

102. عليش : محمد عليش، **شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل**، الطبعة الأولى، (1404هـ-1984م)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

103. الغرياني : الصادق عبدالرحمن الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، الطبعة الأولى، (1423هـ-2002م)، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان.

104. الفندلاوي : أبوالحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي، (ت543هـ)، **تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك**، تحقيق أ. أحمد بن محمد البوشيخي، طبعة (1419هـ-1998م).

105. القرافي : شهاب الدين أبوالعباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، (ت684هـ)، **كتاب الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق**، دراسة وتحقيق أ.د. محمد أحمد سراج، أ.د. علي جمعة محمد، الطبعة الثانية، (1428هـ-2007م)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع.

106. --- : شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، **الذخيرة**، تحقيق أ. محمد بوخبزة،

الطبعة الأولى، (1994م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

107. القرطبي : يوسف بن عبدالله بن محمد، **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي**، دار الكتب العلمية، بيروت.

108. الكافي : محمد بن يوسف الكافي، **إحكام الأحكام** على تحفة الحكام على منظومة فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك بن أنس- رضي الله عنه-، شرح وتعليق مأمون بن محيي الدين الجنان، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

109. الكشناوي : أبوبكر بن حسن الكشناوي، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك** في فقه إمام الأئمة مالك، طبعة (1420هـ-2000م)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

110. الكناني : أبومحمد عبدالله بن عبدالله بن سلمون الكناني، **هامش العقد المنظم** للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، الطبعة الأولى، (1301هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

111. مالك : مالك بن أنس الأصبحي، **المدونة الكبرى** ومعها مقدمات ابن رشد، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

112. المعداني : أبو علي سدي الحسن بن رحال المعداني، **هامش مع شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام**، بدون طبعة، دار الفكر.

113. المواق : أبوعبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق، (ت897هـ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، هامش على مواهب الجليل، الطبعة الثانية، (1398هـ-1978م).

114. ميارة : محمد بن أحمد ميارة الفاسي، **شرح ميارة الفاسي على الأرجوزة** المسماة بتحفة الحكام، بدون طبعة، دار الفكر.

3. الفقه الشافعي:

115. ابن المنذر : ابن المنذر، (ت318هـ)، **الإجماع**، يتضمن المسائل الفقهية المتفق عليها عند أكثر علماء المسلمين، تقديم ومراجعة الشيخ عبدالله بن زيد آل محمود، تحقيق د. فؤاد عبدالمنعم أحمد.

116. ابن النقيب : شهاب الدين أبي العباس أحمد بن النقيب المصري، **عمدة السالك وعدة الناسك**، وبهامشه تعليقات نفيسة لبعض العلماء الثقات، بدون

طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

117. الأسيوطي : شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، **جواهر العقود** ومعين القضاة والموقعين والشهود، حققها وخرج أحاديثها مسعد عبدالحميد محمد السعدني، الطبعة الأولى، (1417هـ-1996م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

118. الأنصاري : أبويحيى زكريا الأنصاري الشافعي، (ت926هـ)، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ومعه حاشية الشيخ أبي العباس بن أحمد الرملي الكبير، (ت957هـ)، ضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه د. محمد محمد تامر، الطبعة الأولى، (1422هـ-2001م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

119. --- : أبويحيى زكريا الأنصاري، **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب** وبهامشه متن المنهج المذكور لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري، بدون طبعة، طبع بمطبعة شركة دار الكتب العربية الكبرى، مصر.

120. --- : أبويحيى زكريا بن محمد الأنصاري، (ت926هـ)، **تحفة الطلاب** بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، خرج أحاديثه وعلق عليه أبوعبدالرحمن صلاح بن محمد بن عويضة، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

121. الباجوري : إبراهيم الباجوري، **تقارير بهامش الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** للشيخ محمد الشربيني الخطيب، الطبعة الأولى، (1421هـ-2001م)، طبعة جديدة منقحة ومصححة، دار الفكر، بيروت، لبنان.

122. البجيرمي : سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي، **حاشية البجيرمي على المنهج** المسماة التجريد لنفع العبيد على شرح منهج الطلاب، وبالهامش الشرح المذكور ومعه نفائس ولطائف منتخبة من تقرير الشيخ محمد المرصفي على الحاشية، الطبعة الأخيرة، (1369هـ-1950م)، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

123. --- : الشيخ سليمان البجيرمي، **بجيرمي على الخطيب** المسماة بتحفة

الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشيخ الشربيني الخطيب، الطبعة الأخيرة، (1370هـ-1951م)، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

124. البكري : أبوبكر المشهور بالسيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي المصري، **حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين** بشرح قرة العين بمهمات الدين، الطبعة الثانية، (1356هـ-1938م)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

125. البيجوري : الشيخ إبراهيم البيجوري، **حاشية البيجوري** على شرح العلامة ابن القاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، ضبطه وصححه محمد عبدالسلام شاهين، الطبعة الثانية، (1420هـ-1999م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

126. الجمل : الشيخ سليمان الجمل، **حاشية الجمل على شرح المنهج**، وبالهامش الشرح المذكور، روجعت على عدة نسخ صحيحة بمعرفة لجنة من العلماء، بدون طبعة، المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

127. الحصني : تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، تحقيق د. محمد بكر إسماعيل، بدون طبعة، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي

128. الحضرمي : عبدالله بن عبدالرحمن بافضل الحضرمي، (ت918هـ)، **المنهاج القويم** شرح شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي على المقدمة الحضرمية في الفقه الشافعي، حققه وخرج أحاديثه وشرحه على أصول الفقه الشافعي د. محمود مطرجي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان.

129. الرافعي : أبوالقاسم عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم الرافعي القزويني الشافعي، (ت623هـ)، **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض؛ والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، الطبعة الأولى، (1417هـ-1997م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

130. الركبي : محمد بن أحمد بن بطال الركبي، **النظم المستعذب في شرح غريب المهذب**، وهو بذيل صحائف المهذب للشيرازي، الطبعة الأولى، (1414هـ-1994م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

131. الرملي : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، (ت1004هـ)، الطبعة الأخيرة، (1404هـ-1984م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

132. السبكي : تاج الدين عبدالوهاب بي علي ابن عبدالكافي السبكي، (ت771هـ)، **الأشباه والنظائر**، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبدالموجود؛ والشيخ علي محمد عوض، الطبعة الأولى، (1411هـ-1991م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

133. السيوطي : جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، (ت911هـ)، **الأشباه والنظائر** في قواعد وفروع فقه الشافعية، الطبعة الأولى، (1411هـ-1990م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

134. --- : جلال الدين عبدالرحمن أبي بكر السيوطي، (ت911هـ)، **شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع**، تحقيق أ.د. محمد إبراهيم الحفناوي، الطبعة الأولى، (1426هـ-2005م)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.

135. الشافعي : أبوعبدالله محمد بن إدريس الشافعي، **الأمّ**، وبهامشه مختصر الإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني الشافعي، طبعة (1388هـ-1968م).

136. الشربيني : الشيخ محمد الشربيني الخطيب، **مغني المحتاج** إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج للنووي، بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

137. --- : الشيخ محمد الشربيني الخطيب، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** وبهامشه تقرير الأوحد الفاضل الشيخ عوض بكماله وبعض تقارير إبراهيم الباجوري، الطبعة الأولى، (1421هـ-2001م)، دار الفكر،

بيروت، لبنان.

138. الشرقاوي : الشيخ الشرقاوي، **حاشية الشرقاوي على شرح التحرير** لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، وبهامشها الشرح المذكور مع تقرير الفاضل السيد مصطفى الذهبي، بدون طبعة، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر.

139. الشعراني : عبدالوهاب الشعراني، **الميزان**، تحقيق وتعليق د. عبدالرحمن عُميرة، بدون طبعة، عالم الكتب، بيروت.

140. الشيرازي : أبوإسحاق الشيرازي، (ت476هـ)، **المهذب**، تحقيق وتعليق وشرح وبيان الراجح في المذهب بقلم د. محمد الزحيلي، الطبعة الأولى، (1417هـ-1996م)، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت.

141. العز بن عبدالسلام : أبومحمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي، (ت660هـ)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، راجعه وعلق عليه طه عبدالرؤوف سعد، الطبعة الثانية، (1400هـ-1980م)، دار الجيل.

142. العمراني : أبوالحسين يحيى بن أبي الخير سالم العمراني الشافعي اليمني، (ت558هـ)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، اعتنى به قاسم محمد النوري، بدون طبعة، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع.

143. الغزالي : محمد بن محمد أبي حامد الغزالي، **الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي**، ضبط النص ونقحه وصححه خالد العطار، طبعة، (1414هـ، 1994م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

144. --- : محمد بن محمد أبي حامد الغزالي، (ت505هـ)، **الوسيط في المذهب**، حققه وعلق عليه محمد محمد تامر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.

145. الغمراوي : محمد الزهري الغمراوي، **السراج الوهاج** على متن المنهاج للنووي، طبعة (1352هـ-1933م)، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

146. القفال : سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء**، حققه وعلق عليه د. ياسين أحمد إبراهيم درادكه، طبعة أولى، (1988م)، مكتبة الرسالة الحديثة.

147. القليوبي وعميرة : شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، المتوفى (1069هـ)؛ وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، المتوفى (957هـ)، **حاشيتا**، على كنز الراغبين لجلال الدين المحلي، (864هـ)، شرح منهاج الطالبين للنووي في فقه الشافعية، ضبطه وصححه وخرج آياته عبداللطيف عبدالرحمن، الطبعة الأولى، (1417هـ-1997م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

148. الكوهجي : عبدالله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، **زاد المحتاج بشرح المنهاج**، حققه وراجعه عبدالله بن إبراهيم الأنصاري، الطبعة الأولى، (1402هـ-1982م)، طبع على نفقة الشئون الدينية بدولة قطر.

149. الماوردي : أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، (ت450هـ)، **الحاوي الكبير**، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه د. محمود مسطرجي، طبعة (1414هـ-1994م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

150. النووي : محيي الدين النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، إشراف زهير الشاويش، الطبعة الثانية، (1405هـ-1985م)، المكتب الإسلامي.

151. --- : محيي الدين النووي، **المجموع شرح المهذب**، بدون طبعة، دار الفكر.

152. الهيتمي : شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن علي ابن حجر الهيتمي، (ت974هـ)، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، وهو شرح على كتاب منهاج الطالبين في فقه الإمام الشافعي للنووي، ضبطه وصححه وخرج آياته عبدالله محمود محمد عمر، طبعة أولى، (1421هـ-2001م)، دار الكتب العلمية، بيروت،

4. **الفقه الحنبلي:**

153. ابن ضويان : الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، **منار السبيل في شرح الدليل**، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه محمد عيد العباسي، الطبعة الأولى، (1417هـ-1996م)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض.

154. ابن قاسم : عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي،

(ت1392هـ)، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع**، الطبعة الثامنة، (1419هـ).

155. --- : عبدالرحمن محمد بن قاسم، (ت1392هـ)، **أصول الأحكام**، الطبعة الثالثة، (1408هـ-1998م).

156. ابن قدامة : موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، (ت620هـ)، **المغني ويليه الشرح الكبير** لابن قدامة المقدسي، الطبعة الثانية، (1417هـ-1997م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

157. --- : أبومحمد عبدالله بن قدامة المقدسي، **المغني**، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن أحمد الخرقي، بدون طبعة، مكتبة الرياض الحديثة.

158. --- : أبومحمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي، **الكافي** في فقه الإمام أحمد بن حنبل، خرج أحاديثه الشيخ سليم يوسف، قرأه على المخطوطة وحققه سعيد محمد اللحام، قدم له وراجعه صدقي محمد جميل، الطبعة الأولى، (1419هـ-1998م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

159. --- : شمس الدين أبوالفرج عبدالرحمن بن أبي عمر بن أحمد بن قدامة المقدسي، (ت682هـ)، **الشرح الكبير**، مطبوع مع كتاب المغني لابن قدامة، الطبعة الثانية، (1417هـ-1997م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

160. --- : موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، **المقنع** في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، مع حاشية منقولة من خط الشيخ سليمان ابن الشيخ عبداللن بن عبدالوهاب، الطبعة الثالثة، (1393هـ)، طبعة على نفقة الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني- أمير دولة قطر.

161. ابن قيم الجوزية : شمس الدين أبوعبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، (ت751هـ)، **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبدالرؤوف سعد، بدون طبعة، دار الجيل، بيروت، لبنان.

162. --- : ابن قيم الجوزية، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، تحقيق وتعليق أيمن عرفة، بدون طبعة، المكتبة التوفيقية، القاهرة.

163. --- : ابن قيم الجوزية، **جامع الفقه** (موسوعة الأعمال الكاملة)،جمعه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه يسري السيد محمد، الطبعة الأولى، (1421هـ- 2000م)، دار الوفاء للطباعة والنشر.

164. ابن مفلح : شمس الدين المقدسي أبي عبدالله محمد بن مفلح، (ت763هـ)، **الفروع**، ويليه تصحيح الفروع لأبي الحسن المرداوي، راجعه عبدالستار أحمد فراج، الطبعة الرابعة، (1405هـ-1985م)، عالم الكتب، بيروت.

165. --- : أبوإسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، (ت884هـ)، **المبدع في شرح المقنع**، بدون طبعة، المكتب الإسلامي.

166. ابن النجار : تقي الدين محمد بن أمد الفتوحي الحنبلي المصري، **منتهى الإرادات** في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، طبع على نفقة حاكم قطر، بدون طبعة، مكتبة دار العروبة.

167. البهوتي : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، (ت1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، مطبعة الحكومة بمكة، طبعة (1394هـ).

168. --- : البُهوتي، **الروض المربع شرح زاد المستقنع**، تحقيق عماد عامر، طبعة (1425هـ-2004م)، دار الحديث، القاهرة.

169. --- : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، (ت1051هـ)، **شرح منتهى الإرادات** المسمى: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، بدون طبعة، دار الفكر، القاهرة.

170. الحنبلي : الشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي، (ت1033هـ)، **دليل الطالب لنيل المطالب** على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق عبدالله عمر البارودي، الطبعة الأولى، (1405هـ-1985م).

171. الزركشي : شمس الدين أبي عبدالله محمد بن عبدالله بن محمد الزركشي المصري الحنبلي، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، قدم له ووضع حواشيه، عبدالمنعم

خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، (1423هـ-2002م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

172. المرداوي : علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، **الإنصاف** في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، صححه وحققه محمد حامد الفقى، الطبعة الأولى، (1376هـ-1956م).

173. المقدسي : أبوالنجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، **الإقناع** في فقه الإمام أحمد بن حنبل، (ت968هـ)، تصحيح وتعليق عبداللطيف محمد موسى السبكي، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

174. --- : بهاء الدين عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسي، **العُدّة شرح العمدة** في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني.

5. فقه المذاهب الأخرى:

175. ابن حزم : أبومحمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، (ت456هـ)، **المحلى**، تحقيق أحمد محمد شاكر، بدون طبعة، دار التراث، القاهرة.

176. --- : أبومحمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، **مراتب الإجماع** في العبادات والمعاملات والاعتقادات، ونقد مراتب الإجماع لابن تيمية، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

177. الشوكاني : محمد بن علي الشوكاني، (ت1250هـ)، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، تحقيق محمود إبراهيم زايد، الطبعة الأولى الكاملة بأجزائها الأربعة، (1405هـ-1985م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

رابعاً: كتب الأصول والقواعد:

178. ابن أمير الحاج : ابن أمير الحاج، (ت871هـ)، **التقرير والتحبير**، على تحرير الإمام الكمال ابن الهمام في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، وبهامشه شرح الإمام جمال الدين الأسنوي المتوفى (772هـ)، المسمى نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي، المتوفى (685هـ)، الطبعة الأولى، بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، سنة 1316هـ، الطبعة الثانية، (1403هـ-1983م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

179. ابن رجب : أبوالفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، (ت795هـ)، **القواعد في الفقه الإسلامي**، بدون طبعة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

180. ابن المبرد : يوسف بن حسن بن أحمد عبدالهادي الحنبلي الدمشقي الشهير بابن المبرد، (ت990هـ)، **شرح غاية السول إلى علم الأصول**، دراسة وتحقيق أحمد بن طرقي العنزي، الطبعة الأولى، (1421هـ-2000م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان.

181. أبوالحارث الغزّي : محمد صدقي بن أحمد البورنو أبوالحارث الغزي، **موسوعة القواعد الفقهية**، الطبعة الأولى، (1416هـ)، حقوق الطبعة محفوظة للمؤلف.

182. الآمدي : سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن حمد الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، راجعها ودققها جماعة من العلماء وبإشراف الناشر، طبعة سنة (1400هـ-1980م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

183. أميربادشاه : محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي، **تيسير التحرير** على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لكمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود الشهير بابن همام الدين الاسكندري الحنفي، المتوفى (861هـ)، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

184. أبوجيب : سعدي أبوجيب، **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي**، بدون طبعة، دار الفكر.

185. أبوزهرة : محمد أبوزهرة، **أصول الفقه**، النسخة الأخيرة بدون ذكر الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة.

186. أمير عبدالعزيز : أمير عبدالعزيز، **أصول الفقه الإسلامي**، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.

187. الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، (ت474هـ)، **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، تحقيق ودراسة الدكتور/ عبدالله محمد الجبوري، الطبعة الأولى، (1409هـ-1989م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

188. الباحسين : يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، **قاعدة العادة محكمة**، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، بدون طبعة، مكتبة الرشيد، الرياض.

189. باز : سليم رستم باز اللبناني، **شرح المجلة**، طبعة ثالثة مصححة ومزيدة، (1406هـ-1986م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

190. بدران : بدران أبوالعينين بدران، **أصول الفقه الإسلامي**، طبعة سنة (1984م)، الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية.

191. برج : أحمد محمد إسماعيل برج، **الكفالة بالمال** وأثرها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة، طبعة سنة (2004م)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

192. خلاف : عبدالوهاب خلاف، **علم أصول الفقه**، طبعة سنة (1423هـ-2003م)، دار الحديث، القاهرة.

193. الزحيلي : وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، الطبعة الأولى، (1406هـ--1986م)، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، سورية.

194. الزرقا : أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، (1938م)، قام بتنسيق ومراجعة الطبعة الأولى د. عبدالستار أبوغدة، الطبعة الثانية مصححة ومعلق عليها بقلم مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف)، الطبعة الثانية، (1409هـ-1989م)، دار القلم، دمشق.

195. --- : مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، طبعة تاسعة منقحة ومزيدة، دار الفكر.

196. زهير : محمد أبوالنور زهير، **أصول الفقه**، طبعة سنة (1416هـ-1996م)، الناشر المكتبة الأزهرية للتراث.

197. زيدان : عبدالكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، الطبعة الثانية، (1407هـ-1987م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

198. الشاطبي : أبوإسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي المالكي، (ت790هـ)، **الموافقات في أصول الشريعة**، وعليه شرح الجليل لتحرير دعاويه وكشف مراميه وتخريج أحاديثه ونقد أرائه نقداً علمياً يعتمد على النظر العقلي وعلى روح التشريع ونصوصه بقلم الشيخ عبدالله دراز، وقد عنى بضبطه وتفصيله ووضع ترجمه أ.محمد عبدالله دراز، الطبعة الثانية، (1395هـ-1975م)، يطلب من المكتبة التجارية الكبرى بأول شارع محمد علي بمصر.

199. --- : أبوإسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي المالكي، **الاعتصام** وبه تعريف العلامة المدقق السيد/ محمد رشيد رضا- منشئ مجلة المنار، بدون طبعة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

200. صفي الدين : صفي الدين عبدالمؤمن بن كمال الدين عبدالحق البغدادي الحنبلي، (ت739هـ)، **قواعد الأصول ومعاقد الفصول** مختصر تحقيق الأمل من علمي الأصول والجدل، تصحيح ومراجعة أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، (1406هـ-1986م)، عالم الكتب.

201. الطنطاوي : محمود محمد الطنطاوي، **أصول الفقه الإسلامي**، الطبعة الأولى، (1410هـ-1990م).

202. العلواني : رقية طه جابر العلواني، **أثر العرف في فهم النصوص**، الطبعة الأولى، (1424هـ-2003م)، دار الفكر، دمشق، سورية.

203. النسفي : أبوالبركات عبدالله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي، (ت710هـ)، **كشف الأسرار شرح المصنف على المنار**، مع شرح نور الأنوار على المنار لمولانا حافظ شيخ أحمد المعروف بملاجيون بن أبي سعيد بن عبيدالله الحنفي الصديقي الميهَوى، المتوفى (1130هـ)، الطبعة الأولى، (1406هـ-1986م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

خامساً: كتب الفقه المقارن:

204. إسماعيل : محمد بكر إسماعيل، **الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة**، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة، (1417هـ-1997م)، دار المنار، ميدان الحسين، القاهرة.

205. الجزيري : عبدالرحمن الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، طبعة سنة (1424هـ-2004م)، دار الحديث، القاهرة.

206. الزحيلي : وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الطبعة الرابعة معدلة، (1418هـ-1997م)، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت.

207. سابق : السيد سابق، **فقه السنة**، الطبعة الأولى، (1416هـ-1996م)، الفتح للإعلام العربي، القاهرة.

208. الطبري : أبوجعفر محمد بن جرير الطبري، (ت310هـ)، **اختلاف الفقهاء**، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

سادساً: كتب الفقه الحديث:

209. التركي : عبدالله بن عبدالمحسن التركي، **أصول مذهب الإمام أحمد**، دراسة أصولية مقارنة، الطبعة الثانية، (1397هـ-19977م)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

210. الحاج أحمد : يوسف بن محمود الحاج أحمد، **جامع الأسئلة الفقهية على مذهب السادة الشافعية**، راجعه وقدم له د. مصطفى سعيد الخن، بدون طبعة، يطلب من مكتبة الفارابي.

211. --- : يوسف بن محمود الحاج أحمد، **جامع الأسئلة الفقهية على مذهب السادة الحنفية**، تقديم د. محمد الزحيلي، الطبعة الأولى، (1419هـ-1999م)، يطلب من مكتبة الفارابي.

212. حسن أيوب : حسن أيوب، **فقه المعاملات المالية في الإسلام**، الطبعة الأولى، (1423هـ-2003م)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة.

213. حسين : أحمد فراج حسين، **أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي**، طبعة سنة (2004م)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

214. حيدر : علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تعريف المحامي فهمي الحسيني، بدون طبعة، منشورات مكتبة النهضة، بيروت- بغداد، توزيع دار القلم للملايين، بيروت.

215. الزحيلي : محمد الزحيلي، **التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**، الطبعة الثانية، (1423هـ-2002م)، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت.

216. --- : محمد مصطفى الزحيلي، **وسائل الإثبات** في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأصول الشخصية، الطبعة الأولى، (1402هـ-1982م)، دمشق- بيروت، مكتبة دار البيان، دمشق.

217. --- : وهبة الزحيلي، **الفقه الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة**، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م)، دار القلم، دمشق.

218. السالوس : علي أحمد السالوس، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة** دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، بدون طبعة، مكتبة الفلاح، الكويت.

219. السلمان : عبدالعزيز المحمد السلمان، **الأسئلة والأجوبة الفقهية** المقرونة بالأدلة الشرعية، الطبعة التاسعة، (1409هـ).

220. الشاطري : محمد بن أحمد الشاطري، **شرح الياقوت النفيس** أو الطريقة الحديثة للتدريس في كتاب الياقوت النفيس، بدون طبعة، دار الحاوي للطباعة والنشر والتوزيع.

221. شلبي : محمد مصطفى شلبي، **المدخل** في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، طبعة سنة (1405هـ-1985م)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.

222. العُبيِّد : عبدالرحمن بن عبدالكريم العبيد، **أصول المنهج الإسلامي** دراسة معاصرة في العقيدة والأحكام والآداب، قدم له د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، الطبعة الخامسة، (1421هـ-2000م)، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت.

223. العثيمين : محمد بن صالح العثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، تحقيق وتخريج الأحاديث خالد عمار، بدون طبعة، مركز فجر للطباعة والنشر والتوزيع.

224. عليان : شوكت محمد عليان، **النظام الاقتصادي في الإسلام**، الطبعة الأولى، (1421-هـ-2000م).

225. فيض الله : محمد فوزي فيض الله، **أحكام الضمان** في الفقه الإسلامي العام، الطبعة الأولى، (1427هـ--2006م)، الكويت.

226. قوته : عادل بن عبدالقادر بن محمد ولي قوته، **العرف** حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، قرأه وقدم له الشيخ/ عبدالله بن بَيَّه، الشيخ/ أحمد بن عبدالله بن حميد، د.محمد بن علي القري، بدون طبعة، المكتبة المكية.

227. الكتاني : محمد المنتصر الكتاني، **معجم فقه السلف** عترة وصحابة وتابعين، جامعة أم القرى، المركز العالمي للتعليم الإسلامي، مكة المكرمة، بدون طبعة، مطابع الصفا، مكة المكرمة.

228. مدكور : محمد سلام مدكور، **أصول الفقه**، طبعة سنة (1425هـ-2005م)، دار الكتاب الحديث.

سابعاً: كتب القانون والعرف:

229. أبوحسان : د. محمد أبوحسان، **تراث البدو القضائي** نظرياً وعملياً، الطبعة الثالثة، (2005م)، الناشر وزارة الثقافة، عمان، الأردن.

230. أبوستيت : عبدالرزاق السنهوري أبوستيت، **أصول القانون**، طبعة سنة (1950م)، القاهرة.

231. أبوملوح : موسى أبوملوح، **مبادئ القانون**، الكتاب الأول نظرية القانون، طبعة سنة (1408هـ-1987م).

232. الحشاش : عبدالكريم عيد الحشاش، **قضاء العرف والعادة**، الطبعة الأولى، (1991م)، الإشراف الفني: جمال الأبطح.

233. **المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني**، ديوان الفتوى والتشريع، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين، حقوق الطبع والنشر محفوظة لديوان الفتوى والتشريع، (2003م).

234. ثابت : محمود سالم إبراهيم ثابت، **القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع**، بدون طبعة.

235. جمال الدين : سامي جمال الدين، **تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية**، بدون طبعة، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

236. سوار : محمد وحيد الدين سوار، **دليل التمارين العملية في المدخل للعلوم القانونية**، الطبعة الرابعة مزيدة ومنقحة، (1414هـ-1993م)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

237. عارف العارف : عارف العارف، **القضاء بين البدو**، حقوق الطبع والترجمة محفوظة للمؤلف، مطبعة بيت المقدس، (1933م).

238. عالية : سمير عالية، **نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام**، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م)، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت.

239. غيث : محمد حسن أبوحماد غيث، **قضاء العشائر في ضوء الشرع الإسلامي**، راجعه وصدر له د. يونس عمرو، الطبعة الثانية،

(1410هـ-1990م).

240. فرج : توفيق حسن فرج، **المدخل للعلوم القانونية** القسم الأول (النظرية العامة للقانون) مع دراسة مقارنة بين القانون المصري واللبناني والقوانين العربية، طبعة سنة (1993م)، الدار الجامعية.

241. محمود، وأبوالسعود : د. رمضان أبوالسعود- د. همام محمد محمود، **المبادئ الأساسية في القانون**، طبعة سنة (1995-1996م)، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

ثامناً: المجلات والكتب الأخرى والأبحاث:

242. بحوث المؤتمر الرابع للفقه المالكي، أبو ظبي، (28-30 رجب/1406هـ-7-9 نيسان/إبرايل 1986م).

243. حسن أحمد : عبدالخالق حسن أحمد، **الوجيز** في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، (1411هـ-1990م)، أكاديمية شرطة دبي- التنفيذ الطباعي، مؤسسة البيان للصحافة والنشر والطباعة والتوزيع.

244. ساعي : محمد نعيم محمد هاني ساعي، **موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي**، الطبعة الثانية، (1428هـ-2007م)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.

245. سلطان : صلاح سلطان، **الأدلة الاجتهادية بين الغلو والإنكار** (دراسة نقدية لأدلة الأدلة في المذاهب الإسلامية)، سلسلة البحوث الأصولية، الطبعة الثانية، (1427هـ-2006م)، سلطان للنشر.

246. غراب : غسان صابر غراب، محاضرة في قضاء العرف والعادة، مقدمة للمركز الاجتماعي للتنمية وحل النزاعات، (2009م).

247. مجلة الأحكام العدلية.

248. مصطفى : محمود أحمد مروح مصطفى، **الكفالة** (أنواعها وطرق الإبراء منها) دراسة فقهية مقارنة بين المذاهب الفقهية وواقع الكفالة المعاصرة، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، (1423هـ-2003م)، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن.

249. **موسوعة الفقه الإسلامي**، يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، جمهورية مصر

العربية.

250. **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف والشئون الدينية، الطبعة الأولى، (1416هـ-1995م)، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع.

تاسعاً: مقابلة الشخصيات:

251. لقاء مع أبوبسام درعان برجس الوحيدي- منسق عام لجان الإصلاح في الإدارة العامة لشئون العشائر والإصلاح سابقاً، ومحكم معتمد في وزارة العدل الفئة الأولى، في مجال منازعات الأراضي سابقاً.

252. لقاء مع أبوسلمان حسني سلمان المغني- الوجيه ورجل الإصلاح مختار في محلة الشجاعية.

253. لقاء مع أبومروان خضر عبدالحميد الخالدي- أمين سر لجنة الإصلاح المركزية والقضايا العشائرية في قطاع غزة.

254. لقاء مع أبوناصر جبريل عبد دلول- مختار محلة الزيتون.

255. لقاء مع أبوناصر عبدالعزيز عبدالقادر الكجك- مستشار وزير الداخلية لشئون العشائر ولجان الإصلاح في فلسطين.

عاشراً: كتب اللغة:

256. ابن زكريا : أبوالحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي، (ت395هـ)، **مجمل اللغة**، دراسة وتحقيق زهير عبدالمحسن سلطان، الطبعة الثانية، (1406هـ-1986م)، مؤسسة الرسالة.

257. --- : أبوالحسين أحمد بن فارس بن زكريا، (ت395هـ)، **معجم المقاييس في اللغة**، حققه شهاب الدين أبوعمرو، الطبعة الأولى، (1415هـ-1994م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

258. ابن فارس : أبوالحسين أحمد بن فارس بن زكريا، (ت395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق وضبط عبدالسلام محمد هارون، الطبعة الأولى، (1411هـ-1991م)، دار الجيل، بيروت.

259. ابن منظور : جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، (ت711هـ)، **لسان العرب**، حققه وعلق عليه وضع حواشيه عامر أحمد حيدر، راجعه عبدالمنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، (1424هـ-2003م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

260. أبوجيب : سعدي أبوجيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً**، الطبعة الثانية،

(1408هـ-1988م)، دار الفكر دمشق، سورية.

261. الأزهري : أبومنصور محمد بن أحمد الأزهري، (282هـ-370هـ)، **تهذيب اللغة،** الدار المصرية للتأليف والترجمة، تحقيق ومراجعة أ. محمد علي النجار وآخرون.

262. البستاني : الشيخ عبدالله البستاني، **الوافي** بمعجم وسيط للغة العربية، طبعة بلونين تبرز المداخل الجذرية ومشتقاتها، بدون سنة الطبع، مكتبة لبنان، لبنان.

263. الجرجاني : أبوالحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي، (816هـ)، **التعريفات،** وضع حواشيه وفهارسه محمد باسل عيون السّود، الطبعة الأولى، (1421هـ-2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

264. جماعة من كبار اللغويين العرب : **المعجم العربي الأساسي،** المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بدون طبعة، لاروس.

265. حماد : نزيه حماد، **معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء،** المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الثالثة منقحة ومزيدة، (1415هـ-1995م)، نشر وتوزيع الدار العالمية للكتاب الإسلامي.

266. الرازي : محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، **مختار الصحاح،** عني بترتيبه محمود خاطر، راجعته وحققته لجنة من علماء العربية، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت.

267. الزبيدي : محمد مرتضى الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس،** بدون طبعة، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان.

268. عباد : إسماعيل بن عباد، (ت385هـ)، **المحيط في اللغة،** تحقيق الشيخ محمد حسن آل ياسين، الطبعة الأولى، (1414هـ-1994م)، عالم الكتب، بيروت.

269. الفيروزآبادي : مجدالدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، (ت817هـ)، **القاموس المحيط،** ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، إشراف مكتب البحوث والدراسات، طبعة سنة (1415هـ-1995م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

270. الفيومي : أحمد بن محمد بن علي المقرى الفيومي، (ت770هـ)، **المصباح المنير،** في غريب الشرح الكبير للرافعي، صححه على النسخة المطبوعة بالمطبعة الأميرية مصطفى السقا، بدون طبعة.

271. قلعجي : محمد رواس قلعجي، **معجم لغة الفقهاء**، الطبعة الأولى، (1416هـ-1996م)، دار النفائس.

272. الكفوي : أبوالبقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، **الكليات**، ق(1094هـ-1683م)، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، قابله على نسخة خطية وأعده للطبع ووضع فهارسه د. عدنان درويش محمد المصري، الطبعة الثانية، (1413هـ-1993م)، مؤسسة الرسالة.

273. مجمع اللغة العربية : **المعجم الوسيط**، الطبعة الثالثة.

274. المطرزي : أبوالفتح ناصر بن عبدالسيد بن علي المطرزي الفقيه الحنفي الخوارزمي، توفي سنة (616هـ) قاله ابن خلكان، **كتاب المُغَرب في ترتيب المعرب**، بدون طبعة، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

275. المناوي : محمد عبدالرؤوف المناوي، (ت1031هـ)، **التوقيف على مهمات التعاريف**، تحقيق د. محمد رضوان الداية، طبعة سنة (1423هـ-2002م)، دار الفكر، دمشق، سورية، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان.

فهرس المحتويات

ملخص الرسالة

إن موضوع هذا البحث الهام يعالج قضية من الأهمية بمكان؛ ألا وهي الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة لما لهذا الموضوع من أثر كبير في تسهيل مصالح الناس، ورد المظالم لأصحابها، وليس هذا وحسب، وإنما تحمل الكفيل الشفقة الدينية والعاطفة الأخوية من رفع الضرر وإماطة الأذى عن المكفول، وعليه فإن هذا البحث يتكون من ثلاثة فصول وهي كالآتي:

أولاً: الفصل التمهيدي: وهو يتكون من ثلاثة مباحث، كما يلي:

المبحث الأول تكلمت فيه عن تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً وكذلك بينت العلاقة بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي مع بيان الألفاظ ذات الصلة.

والمبحث الثاني تحدثت فيه عن حكم الكفالة من القرآن والسنة والإجماع والقياس والمعقول.

وفي المبحث الثالث من هذا الفصل تناولت فيه تعريف العرف في اللغة والاصطلاح والقانون وكذلك بينت مدى مشروعية العرف وأقسامه وشروط اعتباره.

ثانياً: الفصل الأول: وهو بعنوان "حقيقة الكفالة بالنفس وحكمها"، ويتكون من ثلاثة مباحث، كما يلي:

تناولت في المبحث الأول تعريف الكفالة بالنفس مع بيان ألفاظها وكذلك تعريفها في واقع العرف الفلسطيني.

وأما المبحث الثاني تكلمت فيه عن أركان وشروط الكفالة بالنفس.

وفي المبحث الثالث تناولت فيه حكم الكفالة بالنفس في الفقه والعرف.

ثالثاً: الفصل الثاني: وهو بعنوان "طرق إثبات الكفالة بالنفس وإجراءاتها التطبيقية"، ويتكون من أربعة مباحث كالتالي:

المبحث الأول عن طرق إثبات الكفالة بالنفس.

أما المبحث الثاني فتناولت فيه الإجراءات التطبيقية للكفالة بالنفس.

وفي المبحث الثالث عن طرق انتهاء الكفالة بالنفس.

والمبحث الرابع هو بمثابة تطبيقات الكفالة بالنفس في العرف الفلسطيني.

وأخيراً.. جاءت الخاتمة التي استخلصت فيها أهم النتائج والتوصيات.

والحمدلله رب العالمين،،،

Abstract

The theme of this research addresses the important issue of the utmost importance; not a bail-esteem in Islamic jurisprudence and its application in practice in the Gaza Strip because of the subject of a significant impact in facilitating the people's interests, responded to their grievances, rather than this, but with the guarantor of religious compassion and passion order of the damage and harm to remove the guaranteed. As a result, this research consists of three chapters, as follows:

First: the introductory chapter: It consists of three Investigation, as follows:

In the first one I talk about the definition of foster care and the Convention, and also indicated the relationship between linguistic and terminological definitions together with the relevant terms. The second topic, talking about the sponsorship of the rule of the Koran and the Sunna, and consensus and measurement and reasonable.

In the third topic of this chapter dealing with the definition of practice in language and terminology and the law, as well as demonstrated the legitimacy of custom and its divisions and conditions into account.

Second: Chapter I: It is entitled "The fact that foster care and self-judgment," and consists of three Investigation, as follows:

The first topic addressed in the definition of foster care with a self-Olvazaa as defined in the reality of the Palestinian tradition. The second topic, talking about the elements of self and the conditions of bail.

In the third topic dealt with the sponsorship of self-rule in the doctrine and practice.

Third: Chapter II: It is entitled "Methods of bail-esteem and demonstrate its application," and consists of four Investigation follows:

The first topic for ways to prove self-bail.

The second topic addressed by the procedures applied to ensure esteem.

In the third topic on the ways the end of self-bail.

The fourth topic is a self-bail applications in the Palestinian tradition.

Fourth: The conclusion talked about the most important findings and recommendations.

Thank God and the Lord of the Worlds,,,